

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droits intellectuels

Dusollier, Séverine

Published in:

Droit de l'informatique et des technologies de l'information : chronique de jurisprudence 1995-2001

Publication date:

2003

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dusollier, S 2003, Droits intellectuels. Dans *Droit de l'informatique et des technologies de l'information : chronique de jurisprudence 1995-2001*. Dossiers du J.T., Numéro 45, Larcier , Bruxelles, p. 51-90.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Droits intellectuels

37. – La chronique précédente n'avait vu se rencontrer les droits intellectuels et l'informatique qu'autour de la question de la protection juridique des programmes d'ordinateur. Le droit d'auteur était alors appelé à la rescousse tout comme il l'est aujourd'hui encore. Le champ de manœuvre de la propriété intellectuelle en matière informatique s'est depuis considérablement élargi. Le droit d'auteur reste le premier moyen de protection des créations informatiques telles que les logiciels ou jeux vidéos, ainsi que de tout type d'œuvres sur support informatique ou électronique (I). L'avènement des réseaux de communications tels qu'Internet, et surtout le besoin de distinguer ses services dans l'immensité du cyberspace, de se «démarquer», a également amené le droit des marques et autres signes distinctifs à jouer un rôle non négligeable en droit de l'informatique (II). Quant au droit des brevets, son utilité en matière de protection de logiciels ne fait plus de doute à tel point que les législations se mettent en place, principalement à l'échelle européenne, pour accueillir la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur¹⁴⁴. La brevetabilité des méthodes commerciales¹⁴⁵ ou des technologies¹⁴⁶ liées à Internet a également été posée. Ces sujets n'ayant fait l'objet d'aucune jurisprudence belge durant la période couverte par la présente chronique, ils ne seront pas abordés davantage.

I. – Droit d'auteur

Séverine DUSOLIER *

38. – Le droit d'auteur et l'informatique apportent à notre chronique un contenu important. Qu'il s'agisse de déterminer quelle est la protection en droit d'auteur de créations informatiques telles que le logiciel, l'œuvre multimédia ou les bases de données (A) ou d'examiner dans quelle

¹⁴⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 20 févr. 2002 concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur (*C.O.M.* (2002) 92 final).

¹⁴⁵ B. MICHAUX, «La brevetabilité des méthodes commerciales liées à Internet», *J.T.*, 2001, pp. 179 et s.

¹⁴⁶ L'annonce que British Telecoms détenait un brevet sur la technique de l'hyperlien a notamment fait grand bruit dans les médias.

* Maître de conférences au DES DGTIC (F.U.N.D.P.) et chercheuse au CRID (F.U.N.D.P.).

mesure l'exploitation des œuvres sur les réseaux informatiques remet en cause les principes du droit d'auteur (B), la jurisprudence fut fertile.

A. – L'informatique comme objet de la protection

39. – La période couverte par la précédente chronique se refermait sur deux nouvelles lois essentielles du droit d'auteur, toutes deux datées du 30 juin 1994 : d'une part, la loi générale sur le droit d'auteur, remplaçant une déjà ancienne mais toujours vigoureuse loi de 1886; d'autre part, une loi spécifique sur la protection des programmes d'ordinateur. La jurisprudence n'a pas tardé à mettre en application ces deux lois. Le contentieux relatif à la protection des programmes d'ordinateur y a pris une grande place et formera une partie importante de nos développements (§ 1). D'autres créations liées à l'informatique ont également cherché protection au sein du droit d'auteur, tels les jeux vidéos et œuvres multimédia (§ 2) ou encore les bases de données (§ 3). Dans ce dernier cas, les lois des 10 et 31 août 1998, transposant en droit belge la directive du 18 mars 1996 sur les bases de données, constituent certainement une ligne de démarcation importante dans la jurisprudence, substituant aux essais souvent infructueux de protection de bases de données ne satisfaisant pas à la condition d'originalité requise par le droit d'auteur, l'application du droit *sui generis*, protégeant l'investissement dans la réalisation de la base.

§ 1. Programmes d'ordinateur

i) Conditions de protection

40. – La loi du 30 juin 1994 sur la protection des programmes d'ordinateur définit l'originalité, condition nécessaire de protection par le droit d'auteur, comme le fait que le programme soit une création intellectuelle propre à son auteur. La jurisprudence postérieure à la loi n'a toutefois pas entrepris une analyse approfondie de ce critère comme peuvent en témoigner les rares décisions qui abordent la question. Le logiciel bénéficie de la protection du droit d'auteur s'il est « *het resultaat van een intellectuele inspanning van de persoon dewelke het origineel programma uitwerkte* »¹⁴⁷,

« ou « *[de] eigen intellectuele schepping van de auteur* »¹⁴⁸, sans que cette condition de création intellectuelle propre soit plus précisément définie. Dans de nombreux cas, le certificat d'enregistrement du logiciel auprès du Copyright Office américain suffit à démontrer l'originalité¹⁴⁹. D'autres jugements n'examinent même pas la question de l'originalité¹⁵⁰.

Un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers précise que le fait, pour le commanditaire, d'imposer des directives et certaines contraintes techniques et réglementaires n'empêche pas que le logiciel puisse être une création originale¹⁵¹. En dépit des instructions impératives du commanditaire, « *de opbouw van de programma's, meer in het bijzonder de broncodes, te dezen de eigen originele aanpak van de maker laat kennen, met name zijn intellectuele inspanning die de uitdrukking van zijn persoonlijkheid inhoudt* ».

ii) Etendue de la protection

41. – Si la doctrine a longuement discuté de l'étendue de la protection du logiciel par le droit d'auteur, tentant de déterminer si l'algorithme, les langages de programmation, les interfaces et les autres éléments non littéraires du programme bénéficiaient de la protection par la loi du 30 juin 1994, au même titre que la forme d'expression du programme¹⁵², la jurisprudence belge a été bien moins prolixe. La question ne s'est d'ailleurs pas réellement posée, puisque ce sont surtout des copies serviles de logiciels qui ont fait l'objet de litiges devant les tribunaux belges. Le tribunal correctionnel d'Hasselt a correctement appliqué le principe de l'article 2 de la loi du 30 juin 1994 en étendant la protection à tous les

cernant la différence essentielle entre « création intellectuelle » et « effort intellectuel », voy. A. BEREN-BOOM, « Le droit d'auteur – Chronique de jurisprudence (1994-2000) », *J.T.*, 2002, p. 674, n° 3; pour une application de la confusion en matière de logiciels, voy. Corr. Hasselt (13^e ch.), 16 févr. 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 31; *R.I.F.*, 1998-1999, p. 1424 (« *het is voldoende dat een programma, om beschermd te worden, gemaakt is door een auteur en het resultaat is van de eigen persoonlijke intellectuele inspanning van de auteur en als dusdanig geen kopie is van een ander programma. In casu dient niet onderzocht te worden of het programma het persoonlijk stempel van de auteur draagt.* »).

¹⁴⁸ Anvers (1^{re} ch.), 5 juin 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 919, note I. VERNIMME; Civ. Turnhout, 12 sept. 1994, *Computerr.*, 1995/2, p. 65, note M. TAEYMANS.

¹⁴⁹ Civ. Liège (réf.), 30 août 1994, *Computerr.*, 1995/1, p. 63; Civ. Anvers (cess.), 2 mars 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 37; Corr. Hasselt (13^e ch.), 16 févr. 1999, précité; voy. égal. Anvers (9^e ch.), 28 févr. 2002, *A. & M.*, 2002, pp. 340 et s., spéc. p. 343, qui relève toutefois que cette preuve d'originalité, valable aux Etats-Unis, vaut, en Belgique, par l'effet du principe d'assimilation de la Convention de Berne.

¹⁵⁰ Civ. Liège (réf.), 31 juillet 1995, *A. & M.*, 1996, p. 151; *I.R.D.I.*, 1996, p. 108.

¹⁵¹ Anvers (1^{re} ch.), 5 juin 2000, précité.

¹⁵² A. STROWEL et E. DERCLAYE, *op. cit.*, pp. 192 et s.

¹⁴⁷ Civ. Bruxelles, 24 avril 1995, R.G. 12.139/91, inédit, cité par A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 189, note 53. Con-

programmes quelle qu'en soit la forme, en ce compris les programmes pré-montés dans les ordinateurs¹⁵³. Le matériel préparatoire fut également compris dans la protection par le droit d'auteur¹⁵⁴. Un arrêt précise que la protection s'étend tant au code source qu'au code objet du programme¹⁵⁵. Les fichiers constitués grâce à un programme d'ordinateur acheté dans le commerce ne constituent pas, à juste titre, un programme d'ordinateur selon une autre jurisprudence¹⁵⁶.

iii) Titularité

42. – La loi sur les programmes d'ordinateur prévoit que l'employeur est présumé être titulaire du droit d'auteur sur le logiciel créé par son employé dans le cadre de son contrat de travail, ce qu'a confirmé la jurisprudence¹⁵⁷. Cette présomption en faveur de l'employeur s'appliquerait même aux logiciels créés avant la date d'entrée en vigueur de la loi, à défaut de pouvoir prouver que l'application rétroactive de cette présomption nuirait à des droits acquis par l'employé¹⁵⁸. La mention de la fonction de l'employé au sein de l'entreprise («in hoedanigheid van programmeur») dans le contrat de travail démontre que le programme a été conçu dans le cadre de l'exécution de ce contrat¹⁵⁹.

Par contre, la loi spécifique n'ayant rien prévu en matière de titularité des droits dans le cadre d'un contrat de commande, il faut s'en référer à l'article 3 de la loi générale sur le droit d'auteur qui impose une cession expresse¹⁶⁰. Le versement d'une rémunération pour la réalisation du logiciel ne peut suffire à prouver la cession des droits au commanditaire.

La participation à des réunions ou l'imposition de directives et d'instructions nécessaires à la réalisation du programme d'ordinateur ne permet pas de se voir reconnaître la qualité de co-auteur de l'œuvre¹⁶¹.

La question de la titularité des droits sur le logiciel a été considérée comme une question relevant du juge de fond, l'appréciation marginale

du juge des saisies pouvant se satisfaire des présomptions mises à sa disposition par la loi¹⁶², en ce compris la présomption de l'article 6, alinéa 2, de la loi générale qui détermine qu'est présumé auteur, quiconque apparaît comme tel sur l'œuvre, présomption qui s'applique également aux programmes d'ordinateur¹⁶³. En conséquence, l'apparition du sigle SEGA à chaque utilisation du logiciel permet de présumer la société de jeux vidéos titulaire du droit¹⁶⁴.

iv) Droits et exceptions

43. – La jurisprudence de la période couverte par la précédente chronique ne s'étend pas longuement sur l'étendue des droits ou des exceptions à ceux-ci, conférés au logiciel par le droit d'auteur. S'agissant surtout de conflits portant sur des copies serviles de programmes, la distribution, mise à disposition ou reproduction des ces copies ont été à juste titre considérées comme des violations du droit d'auteur¹⁶⁵.

44. – L'arrêt précité de la Cour d'appel d'Anvers s'aventure dans les règles particulières d'exceptions de la loi relative aux programmes d'ordinateur¹⁶⁶. L'article 6 de la loi reconnaît un «droit d'utilisation» à l'utilisateur légitime, exemptant les actes nécessaires à l'utilisation du programme d'une manière conforme à sa destination, en ce compris la correction d'erreurs. En l'espèce, l'arrêt refuse le bénéfice de cette exception à la personne qui s'est appropriée de manière illégitime le code source du programme¹⁶⁷, la licence dont elle disposait à l'égard du logiciel ne lui donnant qu'un droit sur le code exécutable. Cette décision définit donc l'utilisateur légitime par référence à la licence, ce qui paraît contraire à la notion de la directive et de la loi¹⁶⁸. L'arrêt précise que le code objet suffit

¹⁶² Civ. Bruxelles (j.s.), 3 oct. 2000, *I.R.D.I.*, 2001, p. 32.

¹⁶³ Voy. égal., en matière de jeux vidéos, Bruxelles (9^e ch.), 11 avril 1997, *A. & M.*, 1997, p. 265, note V. VANOVERMEIRE.

¹⁶⁴ Civ. Verviers (j.s.), 3 avril 1998, *I.R.D.I.*, 1998, p. 230.

¹⁶⁵ Corr. Hasselt (13^e ch.), 16 févr. 1999, précité; Civ. Liège (réf.), 31 juillet 1995, *A. & M.*, 1996, p. 151, relatif à la copie d'un logiciel Windows incluse dans la fourniture d'un ordinateur sans que le logiciel n'apparaisse dans la facture; Civ. Anvers (cess.), 2 mars 1999, *A. & M.*, 1999, p. 366; *I.R.D.I.*, 1999, p. 37.

¹⁶⁶ Anvers (1^{ère} ch.), 5 juin 2000, précité, pp. 920-921.

¹⁶⁷ Les faits sont peu expliqués dans l'arrêt.

¹⁶⁸ Voy., *contra*, Civ. Bruxelles (cess.), 28 déc. 2000, *A. & M.*, 2002, p. 150, note F. BRISON, qui relève que l'utilisateur légitime est celui qui est titulaire d'une licence ou qui se trouve en possession légitime de copies du programme; Anvers (9^e ch.), 28 févr. 2002, précité, p. 343, qui requiert que les copies en possession de l'utilisateur soient licites pour qu'il puisse être qualifié d'utilisateur légitime.

¹⁵³ Corr. Hasselt, 16 févr. 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 34; *R.W.*, 1998-1999, p. 1424.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ Anvers (1^{ère} ch.), 5 juin 2000, précité, p. 917.

¹⁵⁶ Civ. Liège (prés.), 11 juillet 1995, *I.R.D.I.*, 1996, p. 84.

¹⁵⁷ Civ. Bruxelles (j.s.), 3 oct. 2000, *I.R.D.I.*, 2001, p. 32; Civ. Liège (cess.), 22 sept. 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 214.

¹⁵⁸ Anvers (5^e ch.), 12 mai 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 1341.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Anvers (1^{ère} ch.), 5 juin 2000, précité, p. 920.

¹⁶¹ *Ibidem*.

à remplir l'objectif d'utilisation normale; des modifications du code source ne sont ni nécessaires ni conformes à la destination du programme. L'article 7 de la loi permettant certains actes de décompilation du logiciel ne peut pas davantage être appliqué. La loi ne permet en effet la décompilation que si elle est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un programme d'ordinateur avec d'autres programmes, ce qui n'était pas démontré en l'espèce.

45. – Une autre décision s'étend longuement sur l'exception reconnue par l'article 6, § 2, de la loi sur les programmes d'ordinateur pour copie de sauvegarde¹⁶⁹. La copie de sauvegarde n'y est admise qu'au bénéfice de la personne qui se trouve «être en possession des originaux et ne disposer que d'une copie par original»¹⁷⁰. Ces deux éléments rencontrent les conditions de la loi : d'une part, celle de «la personne ayant le droit d'utiliser le programme» et, d'autre part, celle du nombre de reproductions, que la doctrine a fixé à une copie seulement¹⁷¹. Mais la décision paraît également rajouter une condition, contestable selon nous, à la licéité de la copie de sauvegarde. Dans son interprétation de la mesure nécessaire à l'utilisation du programme, la présidente du tribunal de commerce estime que l'exception n'est admise «qu'en cas de risque de préjudice important pour l'utilisateur, en cas de détérioration du support»¹⁷². La copie de sauvegarde ne serait en conséquence pas licite s'agissant de jeux vidéos sur cédéroms qui constituent un support solide et sont «aisément remplaçables sur le marché»¹⁷³. L'ajout d'une telle condition ne nous paraît pas justifié au regard de la loi¹⁷⁴. Elle aboutirait à dénier le bénéfice de la copie de sauvegarde pour des logiciels standards, aisément remplaçables et distribués sur cédéroms.

v) Sanctions

46. – L'article 10 de la loi spéciale sur les programmes d'ordinateur ainsi que le rapport fait au nom de la Commission de la justice de la Chambre précisent que les atteintes au droit d'auteur sont sanctionnées confor-

mément à la loi, ce qui réfère aux articles 80 à 87 de la loi générale sur le droit d'auteur. L'action en cessation a particulièrement été utilisée par les auteurs de logiciels durant la période couverte et cette compétence particulière du président du tribunal de première instance à l'égard des programmes d'ordinateur a été très clairement confirmée par un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers¹⁷⁵. Les règles du Code judiciaire s'appliquent également, en ce compris les règles relatives à la saisie-description¹⁷⁶. Le juge des saisies de Bruxelles a toutefois considéré, dans une décision qui nous apparaît raisonnable, que la saisie contrefaçon ne peut servir de moyen pour retirer définitivement du marché un produit supposé contrefait¹⁷⁷. Lorsqu'une mesure différente offre une protection satisfaisante, telle que l'action en cessation, la saisie ne s'impose plus¹⁷⁸.

47. – La distribution illicite de copies de logiciels a également permis de donner un contenu moderne à la sanction de la publication permise par la loi générale sur le droit d'auteur qui permet de condamner le contrefacteur à la publication du jugement par la voie classique des journaux ainsi que «de toute autre manière». La publication du jugement sur des sites internet, notamment utilisés par le contrefacteur pour promouvoir l'offre de copies illicites, a ainsi été ordonnée¹⁷⁹.

48. – Une décision qualifie la mise à disposition d'un *Bulletin Board System*, sur lequel peuvent être téléchargées des copies pirates de logiciels, de «mise en circulation» de copies illicites de programmes d'ordinateur, au sens de la disposition pénale de l'article 10, alinéa 2, de la LPO¹⁸⁰, même si le responsable du BBS n'est pas celui qui y a placé les copies illicites.

49. – Ce même article de la loi, qui sanctionne pénalement la mise en circulation et la détention à des fins commerciales de dispositifs de neutralisation de mesures techniques qui protègent des programmes d'ordinateur, a reçu ses deux premières applications dans la période étudiée.

¹⁶⁹ Civ. Bruxelles (cess.), 28 déc. 2000, précité.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ F. BRISON et J.-P. TRIAHLÉ, «La directive C.E.E. du 14 mai 1991 et la protection juridique des programmes d'ordinateur en droit belge», *J.T.*, 1991, p. 788; A. STROWEL et E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 229, n° 265.

¹⁷² Civ. Bruxelles (cess.), 28 déc. 2000, précité, p. 152.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ En ce sens, F. BRISON dans sa note sous la décision, p. 155.

¹⁷⁵ Anvers (1^{re} ch.), 5 juin 2000, précité, p. 917; voy. égal. Civ. Bruxelles (cess.), 28 déc. 2000, précité, p. 150, qui reconnaît le bénéfice de l'action en cessation aux actes de commercialisation de moyens de neutralisation des dispositifs techniques de protection des programmes d'ordinateur.

¹⁷⁶ Pour une application, voy. Civ. Verviers (j.s.), 3 avril 1998, *I.R.D.I.*, 1998, p. 230 (la saisie-description est applicable au hardware contenant la copie de software non autorisée); voy. égal. Anvers (5^e ch.), 12 mai 1997, précité.

¹⁷⁷ Civ. Bruxelles (j.s.), 3 oct. 2000, *I.R.D.I.*, 2001, p. 32.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Civ. Anvers (cess.), 2 mars 1999, *A. & M.*, 1999, p. 366; *I.R.D.I.*, 1999, p. 37.

¹⁸⁰ Anvers (9^e ch.), 28 févr. 2002, précité, p. 343.

Une première décision a ordonné la cessation de la vente de «mod ships» permettant de contourner le système de protection des consoles de jeux vidéo¹⁸¹. L'opération de cet outil permet, selon la décision, d'utiliser sur la console des copies pirates de jeux ou des copies acquises hors de l'Union européenne. La présidente du tribunal de commerce a ici estimé que le fait que ces «mod ships» facilitent, après le contournement, la réalisation de copies de sauvegarde, n'empêche pas que leur seul but soit la neutralisation non autorisée. Le nombre des outils à la disposition du défendeur, ainsi que la publicité relative à ces équipements, constituent la preuve du but commercial de la détention.

Une deuxième décision, au pénal cette fois, condamne la mise en circulation, par le biais d'un BBS, d'une application qui permet de modifier le numéro de série unique contenu dans un logiciel, et ce afin de pouvoir l'utiliser et le copier¹⁸².

50. – S'agissant des pouvoirs d'investigation des violations du droit d'auteur, une affaire particulièrement intéressante a mis à jour et condamné des pratiques déloyales de recherche des infractions¹⁸³. La Business Software Alliance (BSA), groupement de plusieurs éditeurs de logiciels, avait réalisé des publicités, apparaissant tant dans des magazines spécialisés que sur Internet, ainsi que des lettres adressées à de nombreuses compagnies qui dénonçaient le piratage de logiciels et menaçaient de poursuivre les éventuels contrefacteurs¹⁸⁴. Selon le président du tribunal de commerce de Bruxelles, ces campagnes donnaient la fausse impression que la BSA disposait de l'action publique et constituaient une publicité contraire aux usages honnêtes en matière commerciale¹⁸⁵, ainsi qu'un abus de droit d'auteur. Cette dernière formulation nous paraît malheureuse, car les publicités ainsi réalisées ne relèvent pas en soi de l'exercice d'un droit de l'auteur. La question principale de cette affaire n'est qu'effleurée dans ce jugement. Ainsi que le relève la note de G. GUILLEUX, «*De lege fe-*

renda, la défense des droits des auteurs de logiciels justifie sans doute la mise en place de moyens de contrôle et d'investigation mais ces procédures doivent être effectuées par une autorité impartiale afin de respecter d'une part les droits des personnes contrôlées et d'autre part les règles de concurrence sur le marché des logiciels».

Plus récemment, les moyens d'investigation déployés par les titulaires de droits eux-mêmes, et mis en œuvre sur Internet, en violation de la vie privée des internautes et de la loi du 8 décembre 1992 sur la protection des données personnelles, ont pareillement été contestés. La Commission pour la protection de la vie privée a justement considéré que la défense des droits des auteurs, pour légitime qu'elle soit, ne permettait pas aux auteurs de s'approprier des pouvoirs d'officiers de police et de traiter des données à caractère personnel de manière proactive, antérieurement à tout litige¹⁸⁶.

§ 2. Œuvres multimédia

51. – L'informatique a suscité l'émergence de nouveaux types d'œuvres faussement dénommées œuvres multimédia¹⁸⁷. La qualification de ces nouvelles œuvres a très vite fait l'objet de longues discussions en doctrine¹⁸⁸ et dans la jurisprudence de certains pays¹⁸⁹. Fallait-il qualifier ces œuvres – et partant, y appliquer le régime spécifique à cette qualification – de logiciel, d'œuvre littéraire, d'œuvre audiovisuelle, de film ou de bases de données ? En Belgique, seule une affaire relative à la protection de jeux vidéo a abordé la question¹⁹⁰ et admet une double qua-

¹⁸¹ Civ. Bruxelles (cess.), 28 déc. 2000, précité, p. 150.

¹⁸² Anvers (9^e ch.), 28 févr. 2002, précité, p. 343.

¹⁸³ Comm. Bruxelles (cess.), 25 nov. 1997, *D.I.T.*, 1998/2, p. 52, note G. GUILLEUX. Voy., par contre, s'agissant des pouvoirs d'action en justice de ce type d'association professionnelle regroupant différents auteurs, Civ. Bruxelles (cess.), 31 déc. 1997, *A. & M.*, 1998, p. 38.

¹⁸⁴ Les campagnes sur Internet poussaient également à la délation de contrefacteurs, à en lire l'exposé des faits du jugement.

¹⁸⁵ Le jugement condamne également la BSA sur base de la loi sur les associations sans but lucratif, considérant que les actions entreprises sont en réalité des activités commerciales pour le compte de ses membres. Le tribunal estime en outre que les actions du BSA ont pour objet de se faire communiquer des informations qui relèvent du secret d'affaires, informations susceptibles d'être commercialement utilisées en vue de promouvoir l'activité des membres du BSA.

¹⁸⁶ Commission pour la protection de la vie privée, avis n° 44/2001 du 12 nov. 2001, *Rev. Ubiquité – Dr. tech. info.*, juin 2002, p. 103. L'International Federation of Phonogram Industry (IFPI) avait traqué les utilisateurs de Napster et détecté les adresses IP des personnes connectées au système. Elle avait ensuite transmis ces adresses IP aux fournisseurs d'accès belges, leur demandant d'adresser une lettre de mise en demeure aux utilisateurs mettant des œuvres musicales belges à disposition du public de Napster sans autorisation. La Commission de la protection de la vie privée a considéré que ces adresses IP constituaient des données personnelles dont la collecte excédait les buts légitimes permis par la loi.

¹⁸⁷ L'appellation est fautive, en ce sens qu'il s'agit plutôt de différents types d'œuvres regroupées sur un média unique et indifférent à la catégorie d'œuvres incorporées.

¹⁸⁸ A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, n° 117 et s.; A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 1997; I. STAMATOUDIS, *Multimedia and Copyright in Europe: A Classification Exercise*, Cambridge University Press, 2001.

¹⁸⁹ La jurisprudence française a été particulièrement sollicitée sur cette question : voy., entre autres, Caen, 19 déc. 1997, *J.C.P.* (éd. E), 2000, p. 1375; Paris (4^e ch.), 28 avril 2000, *R.I.D.A.*, 2001, p. 315; Cass. fr. (crim.), 22 juin 1994, *Gaz. Pal.*, 1994, 2, somm., p. 680; Paris, 4 juin 1999, *J.C.P.* (éd. E), 2000, p. 840.

¹⁹⁰ Civ. Bruxelles (prés.), 12 déc. 1995, *I.R.D.I.*, 1996, p. 89, conf. par Bruxelles (9^e ch.), 11 avril 1997, *A. & M.*, 1997, p. 265, note V. VANOVERMEIRE.

lification du jeu vidéo à la fois comme programme d'ordinateur et comme œuvre audiovisuelle. «*Les jeux vidéo, constitués d'une part d'un programme d'ordinateur qui fixe le cadre dans lequel se déroule le jeu, ainsi que ses règles, et d'autre part, d'une séquence animée de sons et d'images, sont protégeables tant à titre d'œuvre audiovisuelle (...), qu'à titre de programme d'ordinateur*»¹⁹¹. D'une part, le code objet et le code source du jeu bénéficieront de la protection en tant que programme d'ordinateur¹⁹²; d'autre part, les images et les sons générés par le programme au cours du jeu seront considérés comme une œuvre audiovisuelle. Le jugement qualifie également cette séquence animée d'images, de film au sens de la loi du 30 juin 1994, sur lequel le producteur du jeu bénéficie d'un droit voisin en raison de la première fixation du film¹⁹³. Peu importe, nous dit le jugement, que ce soit le joueur qui détermine la séquence d'images, son choix est en fait limité par le logiciel sous-jacent qui fixe l'ordre des séquences et sur lequel le joueur n'a pas de prise.

En France, la jurisprudence était divisée avant que la Cour de cassation ne décide récemment que la qualification de logiciel s'applique de manière exclusive à l'ensemble de l'œuvre¹⁹⁴. De nombreux auteurs ont critiqué cette contagion du droit d'auteur par le programme d'ordinateur¹⁹⁵. On peut en effet regretter que, du fait de cette qualification en programme d'ordinateur, le jeu vidéo bénéficie de la protection moindre réservée aux logiciels, qui se traduit notamment sur le plan de la titularité des œuvres réalisées dans un contrat de travail¹⁹⁶, d'une réduction du droit moral¹⁹⁷ et des dispositions relatives au contournement des mesures techniques¹⁹⁸. Un exemple de cette dernière conséquence peut être trouvé dans la décision déjà évoquée du tribunal de Bruxelles en matière de «mod

ships»¹⁹⁹. La cessation du commerce de ces outils de contournement n'a pu être ordonnée qu'en raison de la qualification (implicite) des œuvres protégées, des jeux vidéos, en programmes d'ordinateur.

52. – Un site web a été reconnu comme une œuvre protégée par le droit d'auteur en raison de l'originalité du *lay-out* composé d'images et de textes²⁰⁰. L'auteur de ce site web jouit, en conséquence, d'un droit moral de paternité qui oblige à mentionner son nom sur le site web, même si une cession de droits est intervenue par le biais de contrat d'un travail²⁰¹. Toutefois, aucune contrefaçon n'a été relevée à l'encontre d'un site développant la même idée (la fourniture d'informations gratuites sur l'économie numérique) et s'appuyant sur un graphisme basé sur le même style et la même méthode²⁰². Il ne s'agit que d'une application du principe qu'en droit d'auteur, les idées et le style n'étant pas protégés. Toutefois, si le style est développé dans des éléments graphiques originaux, comme cela semblait le cas en l'espèce, on aurait pu conclure à une contrefaçon de la forme originale dans laquelle ce style s'est exprimé.

§ 3. Bases de données

i) Les lois d'août 1998 sur la protection des bases de données

53. – La directive européenne du 10 mars 1996 sur la protection des bases de données fut transposée en droit belge par deux lois de 1998, l'une du 10 août 1998 modifiant la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur pour y insérer les règles particulières relatives aux bases de données, l'autre du 31 août 1998, instaurant une protection *sui generis* des bases de données non originales.

Le droit d'auteur protège la base de données originale, soit celle qui, par le choix ou la disposition des matières, constitue une création intellectuelle propre à son auteur. Les principes du droit d'auteur s'y appliquent. Le titulaire du droit est le créateur de la base de données.

En matière de droit d'auteur, la protection s'applique non au contenu de la base de données (qui reste protégé le cas échéant par un droit

¹⁹¹ Civ. Bruxelles (prés.), 12 déc. 1995, précité, p. 91.

¹⁹² Selon l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, le jeu vidéo est un programme d'ordinateur qui «organise une succession de situations auxquelles le joueur réagit provoquant ainsi une suite d'événements préprogrammés».

¹⁹³ Cette qualification de «film» permettait à Nintendo de se voir reconnaître un droit voisin de producteur sur les jeux qui n'étaient pas créés par ses employés mais par des tiers pour son compte.

¹⁹⁴ Cass. fr. (crim.), 21 juin 2000, *Communications – Commerce électronique*, 2001, comment. n° 85, p. 17, note C. CARON, «Le logiciel envahissant ou les méfaits des qualifications multiples».

¹⁹⁵ Voy. C. CARON, *op. cit.*, p. 17.

¹⁹⁶ La titularité de l'employeur est dans ce cas présumée, au contraire du régime s'appliquant aux autres œuvres.

¹⁹⁷ Seuls un droit d'intégrité réduit et le droit de paternité s'appliquent au logiciel.

¹⁹⁸ Rappelons que la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information demande que soit conservé, en matière de mesures techniques de protection des logiciels, le régime spécifique – et moins protecteur – de la directive de 1991.

¹⁹⁹ Civ. Bruxelles (cess.), 28 déc. 2000, précité, p. 150.

²⁰⁰ Civ. Gand, 3 sept. 2001, *I.R.D.I.*, 2002, pp. 104 et s., spéc. p. 108.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 112.

²⁰² *Ibidem*, p. 111.

d'auteur spécifique), mais bien à la structure de celle-ci. La durée du droit est identique à la durée du droit d'auteur traditionnel, soit 70 ans après la mort de l'auteur.

Les bases de données non originales peuvent également jouir d'une protection instituée par le droit *sui generis* qui s'applique aux bases de données dont l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu attestent un investissement substantiel du point de vue quantitatif ou qualitatif. Le titulaire du droit est le fabricant de la base défini comme la personne physique ou morale qui a pris l'initiative et le risque de l'investissement.

Le droit qui lui est reconnu est le droit d'empêcher l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une part substantielle de la base, droits qui sont en réalité assez proches du droit de reproduction et de communication. La durée du droit est de 15 ans à compter de la fabrication de la base de données, mais cette durée elle-même se renouvelle à chaque modification substantielle de la base.

ii) La jurisprudence antérieure aux lois de 1998

54. – L'examen de la jurisprudence antérieure à l'introduction en droit belge d'un droit spécifique à la protection des bases de données suffit à démontrer combien il était alors difficile de s'opposer à la reprise de parties d'une base de données lorsque cette dernière ne présentait pas le degré d'originalité requis pour prétendre à la protection par le droit d'auteur²⁰³. Lorsque les fichiers de données ne constituaient pas des œuvres protégées «à défaut de preuve d'un travail personnel et original de création littéraire»²⁰⁴, le seul recours consistait à faire appel au droit de la concurrence et des pratiques déloyales²⁰⁵, sans beaucoup de succès toutefois.

55. – Le président du tribunal de commerce de Bruxelles a ainsi rejeté l'action de Belgacom qui tentait de faire cesser la commercialisation d'un annuaire sur CD ROM, reprenant sans autorisation les fichiers d'adresses et de téléphone de Belgacom²⁰⁶. La décision estime que le co-

piage des fichiers «ne contient aucun danger de confusion et ne conduit pas à une concurrence parasitaire». La défenderesse ne profiterait ni du nom, ni d'un travail créatif, ni d'investissements de l'opérateur de télécommunications, ce qu'on peut légitimement contester, l'éditeur du CD ROM ayant certainement profité des investissements nécessaires à la collecte des données et à la constitution de la base. L'ordonnance semble également tirer argument du fait que Belgacom n'a pas de droits privatifs sur le fichier. Ce raisonnement est à tout le moins paradoxal : c'est précisément parce que la base de données ne peut bénéficier d'aucune protection privative que la base de l'action de Belgacom était le parasitisme et non la contrefaçon²⁰⁷. Bien que la motivation du juge soit contestable sur le plan de la concurrence parasitaire²⁰⁸, elle illustre les difficultés d'une protection des investissements relatifs aux bases de données, en l'absence d'un droit privatif, ce que confirme une ordonnance du tribunal de commerce de Courtrai²⁰⁹. Dans cette dernière espèce, le site Internet AdValvas proposait aux utilisateurs de s'inscrire dans un fichier d'adresses. Ce fichier est copié par un utilisateur qui en contacte tous les membres par e-mail pour les prévenir qu'ils ont été incorporés à un fichier d'adresses interactives nommé «White Pages Mercator». AdValvas agit en cessation pour cesser cette copie de son fichier sur base de la loi sur les pratiques du commerce. Ici aussi, l'ordonnance convient que la base de données ne peut bénéficier d'aucun droit privatif car elle ne présente ni originalité ni caractère propre. Les adresses sont complétées par les utilisateurs qui le désirent sans aucune implication, arrangement ou ajout de la part d'AdValvas. La demande est également rejetée quant au chef de concurrence parasitaire et ce sur base d'une argumentation qui démontre un manque de connaissance d'Internet et de ses pratiques commerciales. Le juge considère que le fichier d'adresses n'est utilisé par AdValvas pour aucune activité commerciale mais offre seulement la possibilité de s'inscrire et de consulter le fichier. En conséquence, selon le juge, la création d'un fichier concurrent ne crée aucune confusion ni ne conduit à de la publicité trompeuse. En outre le défendeur ne serait pas un «vendeur» au sens de la loi sur les pratiques du commerce car «Het houden van een site op Internet

²⁰³ A. STROWEL et E. DERCLAYE, *op. cit.*, n° 365 et 388; Anvers, 2 juin 1997, *I.R.D.I.*, 1998, p. 33, note B. DE VUYST.

²⁰¹ Liège (prés.), 11 juillet 1995, *I.R.D.I.*, 1996, p. 84.

²⁰⁵ Gand (7^e ch.), 16 nov. 1995, *A. & M.*, 1997, p. 54, note A. STROWEL; voy., pour la période précédente, Comm. Bruxelles (prés.), 14 août 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 28.

²⁰⁶ Comm. Bruxelles (prés.), 19 juillet 1995, *R.D.C.*, 1995, p. 747.

²⁰⁷ A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *op. cit.*, p. 320, n° 446.

²⁰⁸ La demande de Belgacom fut également rejetée au motif que la société de télécommunications abusait de sa position dominante pour empêcher la constitution d'un nouveau marché relatif aux annuaires. La coexistence entre droit privatif sur les bases de données et abus de position dominante continue à poser question ainsi que nous le verrons plus loin.

²⁰⁹ Comm. Courtrai (cess.), 6 sept. 1996, *R.D.C.*, 1997, p. 47, note B. DE VUYST, «Werkelijk en wettelijk land : Internet en de Wet Handelspraktijken».

(...) *niet per definitie samenvalt met de prestaties die een handeldaad uitmaken of een ambachtsactiviteit bedoeld in de wet op het ambachtsregister, dan wel de uitoefening van een handelsactiviteit*²¹⁰.

Depuis cette décision, datant des premières années de développement de l'internet, la jurisprudence belge a plus justement reconnu la réalité commerciale de l'opération d'un site web ainsi que la valeur que représente commercialement sa consultation.

iii) La jurisprudence postérieure aux lois de 1998

56. – La transposition de la protection des bases de données en droit belge a vite trouvé application dans la jurisprudence. Un premier jugement de mars 1999 ordonne la cessation de l'édition d'un guide d'adresses, réutilisant des parties substantielles d'une base de données, à la fois sur base du droit d'auteur et du droit *sui generis*²¹¹. Une autre décision²¹² reconnaît le bénéfice de la protection du droit d'auteur à un fichier non électronique de données relatives à des œuvres sculpturales. On retiendra de ces décisions, étrangères au sujet de la présente chronique car relatives à des bases de données non informatisées, les éléments retenus pour démontrer la réalité d'un investissement substantiel, condition du droit *sui generis*²¹³, la définition de l'élément d'originalité nécessaire pour que la structure de la base de données bénéficie du droit d'auteur²¹⁴, ainsi que la possibilité de cumuler protection par le droit d'auteur et protection *sui generis*²¹⁵.

57. – Deux autres décisions ont abordé plus précisément le cas de bases de données électroniques. Dans un premier cas, Mys & Breesch, éditeur juridique, reprochait à Kluwer, éditeur de base de données de doctrine

et de jurisprudence, notamment du bien connu *Judit*, de reprendre les sommaires ou les sélections d'extraits des décisions qu'il publie dans ses revues²¹⁶.

Le tribunal décide que les sommaires, mots clés et sélections d'extraits des décisions ne peuvent être protégés par manque d'originalité²¹⁷. Ils constituent certes un travail scientifique important mais certainement pas une collection structurée et originale d'œuvres. La sélection des extraits étant banale et leur contenu étant « *largement dicté par leur fonction (résumer adéquatement une décision)* »²¹⁸, la structure de la base de données ne démontre pas une originalité suffisante. Par contre, le jugement reconnaît que le système de documentation du demandeur, constitué de l'ensemble des revues éditées par Mys & Breesch et accessibles en ligne, est une base de données. Toutefois, le demandeur ne prouvait pas que Kluwer reproduisait, outre les données, la structure même de la base, seule susceptible de protection par le droit d'auteur²¹⁹. Ici, le tribunal fait une application correcte du droit d'auteur aux bases de données, l'objet de celui-ci ne pouvant être que la structure de la base et non son contenu.

58. – Un jugement récent applique le droit *sui generis* à une base de données électronique offerte sur Internet²²⁰. La société Spot gère un site Internet, <cinabel.be>, qui offre l'ensemble des programmes de cinéma du pays. Spot s'aperçoit toutefois qu'une société concurrente, Canal Numédia, exploite sur son site internet, <allocine.be>, des parties importantes de sa base de données, constituée des programmes de cinéma. Le jugement reconnaît l'illicéité de l'extraction des données sur la base de la protection du droit *sui generis*.

Le titulaire du droit est le producteur, soit la société Spot, en raison de l'initiative de créer la base et du risque professionnel qu'elle assume, critères identiques à la loi de 1998. La base de données est bien protégée par un droit *sui generis* car l'investissement nécessaire à sa production est substantiel et a consisté en un travail de mise au point d'une procédure de collecte hebdomadaire des informations, en l'acquisition de logiciels nécessaires et en un travail hebdomadaire de vérification et d'encodage des données.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 48.

²¹¹ Civ. Bruxelles (cess.), 16 mars 1999, *J.T.*, 1999, p. 305.

²¹² Bruxelles, 3 mai 2000, *I.R.D.I.*, 2001, p. 35, note H. VANHEES; le pourvoi en cassation contre cet arrêt a été rejeté (Cass. (1^{re} ch.), 11 mai 2001, *A. & M.*, 2001, p. 353).

²¹³ L'investissement substantiel est notamment démontré par le coût social de la production de la base de données et particulièrement par le fait que la collecte des données a nécessité l'engagement d'un secrétaire et d'une assistante sociale (Civ. Bruxelles (cess.), 16 mars 1999, précité. Voy. égal. Civ. Bruxelles (cess.), 7 juillet 2000, R.G. 00/3868/A, inédit, déniant à une collection de couleurs pour peintures la qualité de bases de données).

²¹⁴ « *De verzameling in haar structuur getuigt van originaliteit ingevolge de toegepaste selectie en berust op een eigen intellectuele schepping die de stempel van de appelante draagt* » (Bruxelles, 3 mai 2000, précité).

²¹⁵ Civ. Bruxelles (cess.), 16 mars 1999, précité.

²¹⁶ Civ. Bruxelles, 28 juillet 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 10.

²¹⁷ Le juge reconnaît toutefois la qualité d'œuvres protégées à certains sommaires de jugements rédigés par la rédaction des revues dans lesquelles ils sont publiés.

²¹⁸ A. STROWEL et E. DERCLAYE, *op. cit.*, n° 344.

²¹⁹ Curieusement, la demande ne faisait appel qu'à la protection par le droit d'auteur et non au droit *sui generis*.

²²⁰ Civ. Bruxelles (cess.), 18 janv. 2002, *Rev. Ubiquité*, 2002, n° 13, p. 95, note S. DUSOLIER; *I.R.D.I.*, 2002, p. 115.

Cette ordonnance offre également une analyse intéressante des conditions de violation du droit *sui generis* qui, en vertu de l'article 4 de la loi du 31 août 1998, se réalise soit lorsque l'extraction porte sur des parties substantielles ou lorsqu'elle s'effectue de manière systématique et répétée à l'égard de parties non substantielles et, dans ce dernier cas, à la seule condition que les extractions soient contraires à une exploitation normale de la base de données ou causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du producteur de celle-ci. La présidente du tribunal de commerce de Bruxelles estime que l'extraction d'une partie des programmes de cinéma, parce qu'elle se répète chaque semaine, s'analyse comme une extraction systématique et répétée de parties non substantielles, le préjudice injustifié étant constitué par la perte possible de recettes publicitaires liées à la fréquentation du premier site, et ce en raison de la situation de concurrence entre les parties. Ceci revient en définitive à apprécier le caractère illicite de l'extraction «*en fonction de l'usage qui en est fait*» (ici un usage concurrent et parasite) et «*du type de personne qui la réalise*» (ici un concurrent direct)²²¹. Si on peut admettre, à l'instar d'une décision française²²², qu'il ne s'agit là que de juger de la substantialité de l'extraction d'un point de vue qualitatif, on ne peut s'empêcher toutefois de reconnaître les vestiges d'une protection des bases de données antérieure à la loi de 1998, qui se fondait alors sur le droit de la concurrence déloyale. En définitive, le seul fait que les deux entreprises soient concurrentes semble suffire à justifier le préjudice, ce qui revient à étendre très facilement la protection de la base de données par le droit *sui generis* à des parties non substantielles, soit aux données mêmes.

La décision précise, en réponse aux arguments de la défense relative à une restriction de l'accès à l'information, que le droit *sui generis* ne couvre pas la teneur des informations elles-mêmes, ces informations étant disponibles par ailleurs, mais n'empêche que leur extraction systématique et répétée. À un argument proche relatif à un éventuel abus de position dominante²²³, la décision ne répond pas réellement.

B. L'informatique comme mode d'exploitation des œuvres

§ 1. L'exploitation des œuvres sur Internet et au moyen de la technologie numérique

59. – Le développement d'Internet a très vite été perçu par les auteurs à la fois comme une opportunité extraordinaire pour la diffusion de leurs œuvres et comme une menace pour l'effectivité de leurs droits. La jurisprudence a été prompte à nuancer cette menace en appliquant, sans trop de difficultés, les droits reconnus aux auteurs à l'espace dématérialisé et global que constitue Internet²²⁴. Une affaire belge a très tôt donné le ton en Europe en reconnaissant que le droit d'auteur était suffisamment armé pour qualifier les actes d'exploitation des œuvres sur Internet d'actes soumis à l'autorisation des auteurs²²⁵. Les éditeurs de journaux belges avaient créé une société, Central Station, qui proposait la consultation par Internet d'une base de données reprenant l'ensemble des articles parus dans ces quotidiens. De nombreux journalistes intentent alors une action contre ce serveur Internet arguant que la mise en ligne de ces articles viole le droit d'auteur dont ils bénéficient sur ceux-ci.

Le jugement du tribunal civil de Bruxelles convient que l'introduction des articles dans la base de données constitue un acte de reproduction dans la mesure où les articles doivent «*faire l'objet d'une manipulation pour se retrouver sur le réseau Internet*», «*être traduits en langage informatique*» et «*dupliqués*». La diffusion sur Internet est un acte de communication au public puisque le serveur est accessible à toute personne munie du matériel informatique nécessaire. L'accès est donc «*aussi large que celui réservé au spectateur d'un concert par exemple*» et entre dans la définition du droit de communication au public de la loi sur le droit d'auteur qui vise toute communication «*par un procédé quelconque*», ce qui inclut la diffusion par le biais de la télématique. Le fait que le public n'ait pas accès en tous lieux et à tout moment aux œuvres n'est pas pertinent, selon le juge, ce qui préfigure l'inclusion dans le droit de communication au public, tant au niveau de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle que de l'Union européenne, de la «*mise à disposition du pu-*

²²¹ A. STROWEL et E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 319, n° 362.

²²² Comm. Nanterre (réf.), 4 oct. 1999, disponible sur <<http://www.juriscor.net/txt/juristr/da/tenanterre19991004.htm>>, confirmé au fond par Comm. Nanterre (7^e ch.), 16 mai 2000, *Gaz. Pal.*, 27-28 oct. 2000, p. 39, note I. MATTHYSSEN.

²²³ Voy. égal. le rejet de la demande de Belgacom quant à la protection de son annuaire au motif qu'en empêchant le développement d'un nouveau marché, Belgacom abuse de sa position dominante sur le marché des télécommunications (Comm. Bruxelles (prés.), 19 juillet 1995, précité; pour une décision française intéressante paralysant le droit *sui generis* par le droit de la concurrence, voy. Cass. fr. (com.), 4 déc. 2001, *Communications – Commerce Electronique*, mars 2002, comment. n° 38, p. 23, note C. CARON.

²²⁴ Ceci ne signifie pas que la globalité des réseaux, leur caractère éphémère et le relatif anonymat des personnes qui utilisent ce média ne comportent pas des risques importants pour l'effectivité des droits des auteurs et la poursuite des contrefaçons réalisées dans cet environnement.

²²⁵ Civ. Bruxelles (cess.), 16 oct. 1996, *A. & M.*, 1996, p. 427, conf. par Bruxelles, 28 oct. 1997, *A. & M.*, 1997, p. 383.

blic de telle manière que chaque membre du public peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement».

La question essentielle de l'affaire *Central Station* était toutefois autre. Les éditeurs de journaux soutenaient que les droits d'auteur des journalistes sur leurs articles leur avaient été cédés par le contrat de travail et couvraient l'exploitation électronique. En première instance, une distinction fut faite entre les journalistes indépendants et les journalistes engagés sous contrat d'emploi. Pour les premiers, la solution est simple : la loi sur le droit d'auteur du 30 juin 1994 impose un consentement écrit comme preuve de la cession des droits, que *Central Station* n'a pu produire. Pour les journalistes salariés, la réponse diffère selon qu'ils ont été engagés avant ou après l'entrée en vigueur de la loi. La loi sur le droit d'auteur ne s'appliquant pas aux contrats en cours, la loi du 22 mars 1886 reste d'application au contrat. Sous l'empire de cette loi, une cession de droits peut être tacite si la volonté de céder et l'étendue des droits cédés sont certaines et que la cession résulte de l'usage bien établi. Pour limiter notre analyse à l'exploitation électronique des droits, nous retiendrons des différents éléments retenus par le juge pour considérer que la cession ne peut être démontrée, le fait qu'il ne peut y avoir d'identité entre la presse écrite et une édition électronique et l'absence de preuve que «*la création de Central Station serait à ce point nécessaire pour l'exercice des activités de l'entreprise d'édition que la cession des droits d'auteur par les journalistes engloberait certainement ce système télématique*». Ces éléments ont été confirmés en appel par un arrêt qui rappelle que l'édition électronique est distincte de l'édition du quotidien.

60. – La jurisprudence belge n'a plus été très prolifique depuis cette précoce décision en ce qui concerne l'exploitation d'œuvres sur Internet, en dehors des litiges relatifs à la responsabilité des intermédiaires pour la violation des droits de l'auteur²²⁶. Seul un jugement du tribunal correctionnel d'Hasselt²²⁷ sanctionne la diffusion de copies de logiciel sur un Bulletin Board System en ne qualifiant toutefois pas cet acte de communication au public mais seulement d'acte de reproduction non autorisée.

En dehors d'Internet, une décision de la Cour d'appel de Gand a estimé que la vectorisation de cartes géographiques ne constituait pas une copie de l'œuvre, au contraire du scannage²²⁸. Toutefois, on ne peut en re-

tirer aucun enseignement utile en matière de droit d'auteur, dans la mesure où la décision n'a été rendue que sur base de la concurrence déloyale. La solution aurait pu être toute autre si le demandeur avait tenté de voir reconnaître la protection du droit d'auteur sur ses cartes géographiques.

§ 2. La copie numérique des œuvres

61. – Déjà dans l'affaire *Central Station*²²⁹, il a été répété que les exceptions aux droits de l'auteur sont d'interprétation restrictive. Ainsi l'exception de la Convention de Berne exemptant la reproduction d'actualité dans la presse ne vise que les rapports entre publications de presse et ne couvre que le droit de reproduction et non le droit de communication au public. La diffusion par le biais d'Internet d'articles de presse destinés au public ne remplit donc pas les conditions de l'exception, selon cette jurisprudence.

62. – La jurisprudence eut également l'occasion de juger de la légitimité de la copie privée numérique²³⁰ et du système de rémunération prévu en contrepartie de l'exception²³¹. Dans la première affaire, il a été confirmé que l'exception de copie privée est d'interprétation restrictive et ne bénéficie qu'au copiste qui réalise la copie dans le cadre du cercle de famille. Doit être tenu pour copiste «celui qui, détenant dans ses locaux le matériel nécessaire à la réalisation des copies, exploite commercialement ce matériel en le mettant à la disposition de ses clients»²³². Le commerçant qui propose des gravures de CD musicaux à ses clients doit être considéré comme le copiste au sens de l'article 22, § 1^{er}, 5^o, dans le chef duquel doit être apprécié le caractère privé de la copie. En conséquence, le bénéfice de l'exception n'a pas été reconnu en l'espèce.

63. – Un deuxième jugement apprécie le système de la rémunération pour copie privée numérique²³³. Auvibel, société de gestion de droits d'auteur chargée de la perception de la rémunération pour copie privée sonore et audiovisuelle, réclamait une rémunération à la société Hewlett Packard en raison des graveurs de CD qu'elle commercialisait en Belgique.

²²⁶ Voy. *infra*, n° 64.

²²⁷ Corr. Hasselt (13^e ch.), 16 févr. 1999, précité.

²²⁸ Gand (7^e ch.), 16 nov. 1995, précité.

²²⁹ Civ. Bruxelles (cess.), 16 oct. 1996, précité, p. 427.

²³⁰ Civ. Verviers (réf.), 29 juin 2000, *A. & M.*, 2000, p. 431.

²³¹ Civ. Bruxelles (réf.), 6 nov. 1997, *A. & M.*, 1998, p. 241.

²³² Civ. Verviers (réf.), 29 juin 2000, *A. & M.*, 2000, p. 432; Civ. Bruxelles (réf.), 6 nov. 1997, *A. & M.*, 1998, p. 241.

²³³ Civ. Bruxelles (réf.), 6 nov. 1997, précité, p. 241.

Hewlett Packard estimait que l'utilisation normale des appareils est une utilisation professionnelle et que la copie privée d'œuvres sonores n'est qu'un accessoire et marginale. La décision ne semble toutefois pas admettre cet argument. Les appareils de reproduction et les CD vierges sont donc soumis à la rémunération pour copie privée. Néanmoins, dans la mesure où l'arrêt royal du 28 mars 1996, déterminant le montant de la rémunération, a fixé le montant de celle-ci à 0 % du prix de vente en ce qui concerne les équipements et supports informatiques, la décision ne peut que conclure à l'absence d'une rémunération. Ce montant nul se comprenait à l'époque de l'adoption de l'arrêt royal par le relativement faible usage des équipements informatiques à des fins de réalisation de copies privées. Bien que la situation ait fondamentalement changé, la décision n'a pu que se résoudre à appliquer le montant prévu légalement tout en conseillant aux auteurs «*de solliciter la modification du taux de rémunération prévu pour ces supports et appareils afin qu'il soit adapté à la situation actuelle et au droit des auteurs à se voir indemniser de telles copies*».

§ 3. La responsabilité pour les violations du droit d'auteur commises par autrui

64. – Quelques décisions ont dû trancher la difficile question de la responsabilité d'intermédiaires sur Internet par rapport à des violations de droit d'auteur commises par autrui. S'agissant des hyperliens, un juge des référés a estimé que «*een hyperlink is niet zomaar een voetnoot. Door een dergelijke link te activeren krijgt men toegang tot een site. Om toegang te krijgen tot een site moet men deze kunne lokaliseren en deze activeren. Het plaatsen van een hyperlink heeft precies tot doel aan de kandidaat-gebruiker deze service te verlenen*»²³⁴. L'établissement d'hyperliens est dans ce cas équivalent à la remise de la clé nécessaire pour effectuer des téléchargements non autorisés et constitue une faute entraînant la responsabilité de la personne ayant placé l'hyperlien (en l'espèce, un grand nombre d'hyperliens vers des MP3 illicites). La décision n'évoque pas l'atteinte au droit d'auteur, se plaçant exclusivement sur le terrain de la responsabilité de droit commun²³⁵.

Dans une autre affaire²³⁶, la juge des référés a estimé que, dans la mesure où le fournisseur d'accès et d'hébergement avait bloqué l'accès d'un site en ayant pris connaissance des actes de contrefaçon qui s'y déroulaient, il n'y avait plus urgence, renvoyant la question de la responsabilité au juge du fond.

Dans une décision récente²³⁷, l'hébergeur d'un Bulletin Board System était poursuivi pour atteinte à l'article 10, alinéa 2, de la loi du 30 juin 1994 sur la protection des programmes d'ordinateur, qui sanctionne pénalement la mise en circulation, à des fins commerciales, de copies de logiciels, en sachant qu'elles sont illicites. La décision estime que la mise à disposition de fichiers électroniques, même s'ils ont été placés sur le BBS par des tiers, répond à la notion de «mise en circulation». Plus précisément, et en contradiction avec la solution retenue dans la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique²³⁸, la décision impose au gérant du BBS une large obligation de contrôle des contenus hébergés²³⁹.

La transposition en droit belge de la directive sur le commerce électronique par la loi du 11 mars 2003²⁴⁰ devrait apporter la pacification es-pérée.

II. – Droit des signes distinctifs (marque, nom commercial)

Alexandre CRUQUENAIRE *²⁴¹

65. – Le contentieux relatif aux signes distinctifs s'est logiquement développé parallèlement à l'exploitation commerciale de l'internet. L'utilisation efficace de ce nouveau média requiert en effet des opérateurs économiques d'importants investissements en vue d'assurer la visibilité de leur activité en ligne.

²³⁶ Civ. Namur (réf.), 11 févr. 1987 (*IFPI Belgium c/ S.A. INNET*), R.F. 446/96, inédit.

²³⁷ Anvers (9^e ch.), 28 févr. 2002, *A. & M.*, 2002, p. 340.

²³⁸ Dir. 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, L. 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

²³⁹ Anvers (9^e ch.), 28 févr. 2002, précité, p. 342.

²⁴⁰ Réf. : Loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, M.B., 17 mars 2003, p. 12963.

* Assistant à la Faculté de droit de Namur et chercheur au CRID (F.U.N.D.P.).

²⁴¹ La présente contribution a été enrichie par la relecture éclairée d'Isabelle VERECKEN. Je l'en remercie.

²³⁴ Civ. Anvers (réf.), 21 déc. 1999, *A. & M.*, 2000, p. 296.

²³⁵ Voy. égal. Comm. Bruxelles (cess.), 2 nov. 1999, infirmé par Bruxelles, 13 févr. 2001 (estiment que le défaut de réaction d'un fournisseur d'hébergement en raison de l'hébergement sur des pages d'utilisateurs d'hyperliens vers des MP3 illicites, est susceptible de constituer un acte contraire aux pratiques honnêtes en matière commerciale. La faute n'a toutefois pas été retenue, *in concreto*, par la décision en appel).

Les perspectives intéressantes²⁴² offertes par le commerce électronique ont ouvert les appétits de nombreuses sociétés, qui n'étaient pas nécessairement concurrentes dans le commerce traditionnel, mais que le caractère mondial de l'internet a propulsées sur un même marché. Des litiges sont ainsi survenus concernant l'appropriation de signes distinctifs communs, voire l'utilisation abusive de signes distinctifs d'un concurrent. L'enregistrement des noms de domaine constitue un champ de bataille particulièrement sanglant compte tenu des contraintes techniques du réseau qui confèrent à ces identifiants un caractère unique et, partant, une valeur économique considérable (A).

Au-delà de ces problèmes suscités par la concurrence entre opérateurs économiques, de nouveaux types de fraude ont fleuri. Le *cybersquatting*, qui a rapidement pris une ampleur préoccupante, a naturellement retenu l'attention de tous les acteurs de l'internet et a donné lieu à une abondante jurisprudence (B). Il convient également de mentionner l'usage abusif des méthodes de référencement des sites web par les moteurs de recherche, qui a rapidement été sanctionné par les tribunaux (C).

A. Les litiges entre parties de bonne foi

66. – Il convient de distinguer les situations où les droits de sociétés concurrentes ou homonymes s'opposent (§ 1) de celles mettant aux prises des intervenants d'une même chaîne économique (§ 2).

§ 1. Les litiges entre concurrents ou entre homonymes

67. – Les mécanismes d'attribution des noms de domaine ne permettent pas une utilisation partagée d'un signe²⁴³. Les sociétés utilisant des signes distinctifs identiques²⁴⁴ se trouvent dès lors inévitablement en situation conflictuelle. Plusieurs cas ont été soumis aux juridictions belges durant la période analysée.

68. – Le président du tribunal de commerce d'Anvers²⁴⁵, siégeant dans le cadre de ses compétences en cessation, s'est prononcé dans un litige qui opposait deux sociétés exerçant des activités concurrentes en partie sur le même marché géographique.

La S.A. Arcade, qui utilisait le nom commercial «Arcade» depuis 1986, contestait l'utilisation du signe «Arcadis» par sa concurrente, notamment dans le nom de domaine <arcadis.nl>. En 1998, cette dernière avait en effet changé son nom commercial «Gendas» en «Arcadis» et avait procédé à l'enregistrement du nom de domaine litigieux.

Le tribunal a logiquement conclu à l'existence d'un risque de confusion entre les signes, risque renforcé par l'identité des activités exercées par les deux parties et leur concurrence sur le marché belge.

En ce qui concerne le nom de domaine, le tribunal a constaté sa ressemblance évidente avec le nom commercial de la demanderesse originaires. Ce faisant, le tribunal a écarté de son appréciation le préfixe <http ://> et le suffixe désignant le domaine concerné (en l'espèce, <.nl>). Cette approche doit être approuvée car ces éléments du nom de domaine ne sont nullement identifiants²⁴⁶. En effet, le préfixe précité est requis par le langage informatique, tandis que le suffixe indicatif du domaine est identique pour tous les noms appartenant à un même domaine. L'élément spécifique concerné est donc bien le seul signe «Arcadis».

L'utilisation du nom de domaine <arcadis.nl> dans les circonstances de la cause constituait donc un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale dont le tribunal a justement ordonné la cessation.

69. – L'incompatibilité entre les principes du droit des signes distinctifs et les règles d'attribution des noms de domaine se trouve parfaitement illustrée dans le litige portant sur l'appropriation du nom de domaine <abscomputer.be>.

Deux sociétés exerçant des activités identiques sur des marchés géographiques distincts (région de Libramont pour la demanderesse et région bruxelloise pour la défenderesse) utilisaient paisiblement le même nom commercial. La volonté commune d'affirmer une présence sur l'internet a mis ces deux sociétés en concurrence pour l'attribution du nom de domaine le plus logique (et donc le plus intéressant sur le plan économique) pour deux entreprises belges, à savoir le nom de domaine basé sur

²⁴² Ou, dans bien des cas, l'illusion de telles perspectives

²⁴³ Sur le fonctionnement des noms de domaine et l'analyse de leurs règles d'attribution, voy. notamment A. CRUQUENAIRE, «L'identification sur Internet et les noms de domaine : quand l'unicité suscite la multiplicité», *J.T.*, 2001, pp. 146 et s.

²⁴⁴ Sous certaines limites, les règles de protection des signes distinctifs permettent à plusieurs personnes d'employer un même signe lorsqu'elles ont des activités différentes et/ou dirigées vers des marchés géographiquement distincts.

²⁴⁵ Prés. Comm. Anvers (cess.), 7 janv. 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 565.

²⁴⁶ Dans le même sens, voy. A. CRUQUENAIRE, «Internet : la problématique des noms de domaine», *Ing.-Cons.*, 1997, pp. 222 et s.

le modèle <nomcommercial.be>. Les règles d'enregistrement des noms de domaine ne permettant que de satisfaire la première société introduisant la demande, la seconde allait inévitablement se sentir lésée ...

Le président du tribunal de commerce de Bruxelles fut donc saisi par la société libramontoise, qui estimait avoir le droit de récupérer le nom de domaine litigieux compte tenu de son usage antérieur du nom commercial commun. La demanderesse ne démontrait toutefois aucun usage sérieux du signe en région bruxelloise (la zone d'activité de la défenderesse). Le président du tribunal de commerce estima dès lors que la défenderesse utilisait de manière licite le signe commun et que, dans ces conditions, l'enregistrement du nom de domaine litigieux était légitime²⁴⁷. Il s'en remet ainsi à la règle du «premier arrivé, premier servi» afin de départager les différents titulaires de droits sur un même signe²⁴⁸.

La position du tribunal n'est pas tout à fait cohérente dans la mesure où le facteur géographique n'est pris en considération qu'antérieurement à l'utilisation du nom de domaine. L'exercice d'activités ou leur promotion via un site web est en effet de nature à changer la donne, car le site web exploité par la société bruxelloise est accessible depuis la région où la demanderesse exerce ses activités (région de Libramont). L'utilisation du nom commercial sur l'internet et, partant, celle du nom de domaine, porte dès lors atteinte aux droits de la demanderesse.

70. – En ce qui concerne la concurrence entre parties utilisant un même signe dans des secteurs économiques différents, il convient de mentionner un jugement du tribunal de commerce de Liège²⁴⁹.

L'affaire concernait l'utilisation sur le territoire belge du nom commercial «Hema», en relation avec les activités de deux sociétés.

La demanderesse, société néerlandaise, a déposé la marque «Hema» en 1971 et exploite des magasins de grande distribution, notamment en Belgique.

La défenderesse, société belge constituée en 1988, exerce ses activités dans le commerce de gros de matériaux de construction et a enregistré le nom de domaine < hema.be > en mai 2000.

Le litige portait tant sur l'utilisation du nom commercial que sur celle du nom de domaine, la demanderesse invoquant une atteinte à ses droits de marque dans les deux cas.

En ce qui concerne l'usage du nom commercial, le tribunal déboute la demanderesse en considérant que la nature complètement différente des activités des deux parties exclut toute atteinte au pouvoir distinctif de la marque (art. 13, A, 1, d, de la loi uniforme Benelux sur les marques, ci-après «LUBM»²⁵⁰).

Sur base de la même disposition, le tribunal considère par contre que l'usage du nom de domaine litigieux enfreint les droits de la demanderesse. Il relève à ce propos que «*la circonstance que [la demanderesse] ne puisse commercialiser ses produits sous le nom de domaine <hema.be> doit être considéré comme une atteinte à la fonction publicitaire de la marque*». L'usage de la marque d'autrui «*pour créer un site Internet cause au titulaire de celle-ci un préjudice certain dès lors que, sur ce terrain, la marque n'est plus apte à remplir sa fonction économique*». Le titulaire de la marque peut dès lors, selon le tribunal, invoquer l'article 13, A, 1, d, LUBM, pour s'y opposer dans la mesure où cette disposition a précisément pour objet la protection de la fonction économique de la marque²⁵¹.

Le tribunal écarte enfin l'existence de justes motifs susceptibles de légitimer l'usage de la marque au titre de nom de domaine car la défenderesse ne démontre pas la nécessité d'utiliser ce signe pour pouvoir participer à la vie des affaires²⁵².

L'intérêt majeur de cette décision réside dans la distinction opérée par le tribunal entre l'utilisation du nom commercial et celle du nom de domaine. D'une part, le tribunal estime, à juste titre, que l'utilisation du nom commercial ne peut constituer une atteinte au caractère distinctif de la marque compte tenu de l'absence de risque de confusion. D'autre part, le caractère unique du nom de domaine litigieux amène le tribunal à envisager la situation de celui-ci de manière radicalement différente. En effet, l'enregistrement du nom de domaine par un tiers empêche le titulaire de la marque d'utiliser son signe dans le domaine concerné, ce qui porte at-

²⁴⁷ Prés. Comm. Bruxelles (cess.), 22 nov. 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 768.

²⁴⁸ Cette décision est à rapprocher de l'arrêt prononcé par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Alice* (Paris (réf.), 4 déc. 1998, *Expertises*, 1999, p. 151, infirmant trib. gde inst. Paris (réf.), 12 mars 1998, *D.I.T.*, 1999/3, p. 70).

²⁴⁹ Comm. Liège, 9 nov. 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 884.

²⁵⁰ Cette disposition permet au titulaire de la marque de s'opposer à «*tout usage qui, dans la vie des affaires et sans juste motif, serait fait d'une marque ou d'un signe ressemblant autrement que pour distinguer des produits, lorsque l'usage de ce signe tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porterait préjudice*».

²⁵¹ Voy., en ce sens, A. BRAUN, *Précis des marques*, Bruxelles, Larcier, 1995, p. 376.

²⁵² Dans le même sens, *ibidem*, n° 411.

teinte à la fonction économique de la marque, nonobstant la possibilité d'exploiter le signe dans d'autres domaines (<.nl> en l'espèce).

A première vue, on pourrait considérer que le tribunal instaure une hiérarchie entre les différents droits sur le signe commun, en favorisant le droit de marque sur le droit au nom commercial.

A l'analyse, il n'en est cependant rien : ce sont les règles d'attribution des noms de domaine qui conduisent à une telle situation. En effet, les marques et noms commerciaux peuvent coexister paisiblement en dehors de l'internet (pour autant qu'il n'existe pas de risque de confusion). La source des problèmes de concurrence entre les deux types de signes se situe dans l'impossibilité pour leurs titulaires d'exercer simultanément leurs prérogatives via le même nom de domaine. Le titulaire de la marque a obtenu gain de cause compte tenu de l'atteinte à la fonction publicitaire de son signe. Bien que l'applicabilité de l'article 13, A, 1, d, LUBM en dépende, la question de la nature de l'usage du signe au titre de nom de domaine semble avoir été éludée par le tribunal²⁵³.

71. – Hormis les hypothèses d'utilisation déloyale d'un signe distinctif, la résolution de ce type de litiges devrait dépendre de la nature de la concurrence apparue suite à l'utilisation d'un nom de domaine.

72. – Si cette concurrence provient d'un dépassement des limites géographiques antérieures des activités des parties, chacune d'entre elles devrait pouvoir s'opposer à l'utilisation exclusive par sa concurrente du nom de domaine litigieux²⁵⁴. Le recours à la théorie de l'abus de droit pourrait toutefois permettre, en fonction des circonstances de la cause, de s'écarter de cette voie²⁵⁵.

73. – Lorsque la concurrence résulte de l'ignorance du principe de spécialité²⁵⁶, il convient d'opérer une distinction en fonction de la nature des signes en conflit.

74. – Si le litige oppose deux noms commerciaux identiques, la solution sera fondée sur les règles régissant l'enregistrement des noms de

domaine²⁵⁷, car, en l'absence de risque de confusion, il n'y aura *a priori* aucune violation des droits de l'autre société par celle utilisant le nom de domaine litigieux. Cette position doit cependant être nuancée dans la mesure où certains auteurs préconisent une protection de la fonction publicitaire des noms commerciaux, par analogie à la protection offerte aux marques²⁵⁸. Le raisonnement par analogie présente toutefois ses limites, car le titulaire du nom commercial ne peut s'appuyer que sur le droit commun (responsabilité civile ou usages honnêtes en matière commerciale) pour défendre ses prérogatives. Or, il semble difficile d'établir un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale²⁵⁹ ou une faute²⁶⁰ susceptible d'entraîner une mise en cause de la responsabilité civile dans le chef d'une personne qui aurait utilisé²⁶¹ un nom de domaine correspondant à son propre nom commercial d'une manière ne prêtant pas à confusion avec les activités d'un tiers. Les règles d'enregistrement des noms de domaine devraient dès lors départager les titulaires de noms commerciaux identiques. Ici encore, la théorie de l'abus de droit pourrait toutefois être invoquée en fonction des situations respectives des parties.

75. – Lorsque le litige oppose une marque et un nom commercial identiques, trois hypothèses doivent être envisagées, en fonction de l'antériorité de l'un ou l'autre des signes.

1) Si le nom commercial est postérieur à la marque, celle-ci devrait l'emporter car son titulaire a la faculté d'interdire l'utilisation du nom de domaine en se fondant sur l'atteinte à la fonction publicitaire de la marque (art. 13, A, 1, d, LUBM). Le titulaire du nom commercial ne pourra évincer le titulaire de la marque que dans deux cas.

D'une part, s'il démontre que son utilisation du nom de domaine litigieux s'appuie sur un «juste motif». Pour ce faire, il doit prouver la nécessité pour lui d'utiliser le signe commun en tant que nom de domaine

²⁵⁷ En particulier, la règle du «premier arrivé, premier servi».

²⁵⁸ T. van INXIS, *Les signes distinctifs*, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 51-54. Si l'on retient cette thèse et sous réserve de l'application de la théorie de l'abus de droit, les titulaires de noms commerciaux devraient pouvoir s'interdire mutuellement l'usage du nom de domaine litigieux.

²⁵⁹ Un tel comportement pourrait-il être considéré comme contraire à la déontologie des affaires ? Sur la notion d'usages honnêtes et son caractère éminemment modulable, voy. P. DE VROEDE, «La notion d'usages honnêtes en matière commerciale», note sous Bruxelles, 27 nov. 1979, *R.C.J.B.*, 1982, pp. 65-82.

²⁶⁰ La seule constatation de l'atteinte à la fonction publicitaire du nom commercial ne nous paraît pas suffisante pour conclure à la méconnaissance d'une norme de comportement. Et ce d'autant moins que, contrairement au droit des marques, il n'existe aucun prescrit légal établissant un tel interdit concernant les noms commerciaux. En ce sens, voy. B. DUBISSON, «Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile», *R.C.J.B.*, 2001, pp. 28 et s., spéc. n° 8.

²⁶¹ La situation pourrait être différente si le titulaire du nom de domaine n'en fait aucun usage sérieux.

²⁵³ En l'espèce, sur base des éléments rapportés dans les motifs de la décision, il nous paraît toutefois que le signe n'était pas utilisé au titre de marque et que, partant, la disposition protectrice de la fonction publicitaire de la marque trouvait bien à s'appliquer. A ce propos, voy. *infra*, n° 75.

²⁵⁴ Ce qui revient à exclure l'usage par les deux parties.

²⁵⁵ En ce sens, A. CRUQUENAIRE, «L'identification sur Internet et les noms de domaine : quand l'unicité suscite la multiplicité», *op. cit.*, pp. 153-154.

²⁵⁶ Ce sera le cas lorsque l'on se trouve en présence de parties exerçant des activités dans des domaines économiques tout à fait différents.

afin de participer à la vie des affaires²⁶², ce qui sera très rarement le cas. L'existence d'un droit antérieur ne permettant pas de s'opposer à l'enregistrement de la marque peut également être prise en considération au titre de «juste motif»²⁶³. Par hypothèse, cette possibilité n'est toutefois pas relevante dans le cas présent.

D'autre part, il convient de débouter le titulaire de marque dans certains cas lorsque l'utilisation du nom de domaine s'apparente à une utilisation du signe au titre de marque, c'est-à-dire pour distinguer des produits ou services. L'article 13, A, 1, d, LUBM ne couvre en effet que les cas d'utilisation du signe «*autrement que pour distinguer des produits*» (utilisation en tant que nom commercial, afin de désigner les activités d'une entreprise, p. ex.)²⁶⁴. A cet égard, le contenu du site web lié au nom de domaine litigieux devrait être pris en compte, afin de déterminer si le signe est plutôt utilisé comme une enseigne ou un nom commercial (application de l'art. 13, A, 1, d, LUBM)²⁶⁵ ou comme élément permettant de distinguer les produits ou services offerts (application des al. a, b, ou c de l'art. 13, A, 1, LUBM)²⁶⁶. Dans ce dernier cas, le titulaire de la marque pourra s'opposer à l'utilisation du nom de domaine litigieux si celui-ci est utilisé pour distinguer des produits ou services identiques (art. 13, A, 1, a, LUBM) ou similaires (à la condition qu'il existe un risque de confusion; art. 13, A, 1, b, LUBM) à ceux couverts par le droit de marque (ce que, par hypothèse ne devrait pas être le cas ici). Il ne pourra s'opposer à l'utilisation du nom de domaine pour distinguer d'autres types de produits ou services que dans la mesure où sa marque jouit d'une renommée²⁶⁷ sur le territoire du Benelux (art. 13, A, 1, c, LUBM).

2) Le nom commercial antérieur à la marque devrait l'emporter lorsqu'il existe un risque de confusion. En pareille circonstance, c'est la validité même de la marque concurrente qui pourrait être remise en cause faute de disponibilité du signe au moment de son enregistrement.

En l'absence de risque de confusion²⁶⁸, la solution devrait reposer sur les règles d'enregistrement des noms de domaine. En effet, aucune des parties ne pourra interdire à l'autre d'utiliser le signe litigieux comme nom de domaine.

Le titulaire de la marque postérieure ne pourra interdire l'usage du nom de domaine car la protection de la marque au-delà des limites du principe de spécialité n'est possible que lorsque l'utilisation litigieuse du signe protégé ne peut s'appuyer sur un «juste motif». Or, le juste motif est admis en présence d'un droit antérieur ne pouvant faire obstacle au dépôt de marque. C'est précisément le cas ici : la marque est valable puisqu'il n'existe pas de risque de confusion avec le nom commercial antérieur. L'usage de ce dernier peut cependant être pris en considération au titre de juste motif et dès lors faire obstacle à la prétention du titulaire de la marque.

Le titulaire du nom commercial ne pourra davantage interdire l'usage du nom de domaine car la protection de son signe dépend de l'existence d'un risque de confusion²⁶⁹. Toutefois, si l'on admet la protection de la fonction publicitaire du nom commercial²⁷⁰, son titulaire a la faculté d'exclure l'utilisation du nom de domaine par le titulaire de la marque.

3) Si le nom commercial antérieur est de portée locale, il ne permet pas de remettre en cause la validité de la marque. Le titulaire du nom commercial local ne peut davantage interdire l'usage de la marque dans sa zone de rayonnement géographique car il n'est pratiquement pas raisonnable de fractionner le territoire sur lequel une marque peut être utilisée²⁷¹. Il nous semblerait pareillement abusif que le titulaire du signe de portée locale puisse interdire au titulaire de la marque d'utiliser celle-ci sur le web sous prétexte que ce dernier est également accessible depuis la zone de rayonnement du nom commercial local.

La marque ne peut quant à elle être invoquée pour interdire l'usage de ce nom commercial, conformément à l'article 13, A, 8, LUBM²⁷². L'usage de ce nom commercial constitue en outre un «juste motif» au sens de l'article 13, A, 1, d, LUBM²⁷³. Le titulaire de la marque pourrait-il in-

²⁶² En ce sens, T. van INNIS, *op. cit.*, n° 559 (qui précise que la nécessité n'est pas la commodité ni l'opportunité).

²⁶³ *Ibidem*, n° 560.

²⁶⁴ Sur le champ d'application de l'art. 13, A, 1, d, voy. T. van INNIS, *op. cit.*, n° 510. Adde L. VAN BUNNEN et A. PUTTEMANS, «Marques et signes distinctifs – Examen de jurisprudence (1970-1992)», *R.C.J.B.*, 1994, pp. 130 et s., n° 48.

²⁶⁵ Ce sera, p. ex., le cas s'il s'agit d'un site d'information sur les activités de l'entreprise.

²⁶⁶ Cette seconde hypothèse sera principalement rencontrée lorsque le site web est utilisé afin d'offrir un service en ligne (et non simplement de promouvoir un produit ou service «traditionnel»).

²⁶⁷ Sur la portée de cette notion, voy. T. van INNIS, *op. cit.*, n° 554 et s.

²⁶⁸ Ce sera notamment le cas si le nom de domaine n'est pas effectivement utilisé.

²⁶⁹ Exclu ici, par hypothèse.

²⁷⁰ Voy. *supra*, n° 74.

²⁷¹ T. van INNIS, *op. cit.*, n° 73-75.

²⁷² En vertu duquel «le droit exclusif à la marque n'implique pas le droit de s'opposer à l'usage, dans la vie des affaires, d'un signe ressemblant qui tire sa protection d'un droit antérieur de portée locale, si ce droit est reconnu en vertu des dispositions légales de l'un des pays du Benelux et dans la limite du territoire où il est reconnu».

²⁷³ Voy. T. van INNIS, *op. cit.*, n° 560.

terdire au titulaire du nom commercial local l'usage du nom de domaine correspondant ? Si l'utilisation du signe en tant que nom commercial doit être tolérée au niveau local, il semble plus difficile d'autoriser une utilisation en tant que nom de domaine dans la mesure où l'internet a, par nature, vocation à dépasser les limites géographiques de la zone de rayonnement du nom commercial local. Le titulaire de ce dernier ne devrait dès lors pas pouvoir invoquer de «juste motif» pour une telle utilisation du signe commun²⁷⁴. Pour autant que les autres conditions d'application de l'article 13, A, 1, d, LUBM soient réunies²⁷⁵, le nom de domaine ne devrait donc pouvoir être attribué qu'au titulaire de la marque.

76. – Lorsque l'on se trouve en présence de titulaires de *deux marques* identiques²⁷⁶ souhaitant disposer d'un même nom de domaine, les bases juridiques permettant de régler leurs situations respectives varient en fonction du type d'usage qui sera fait du nom de domaine.

Si le nom de domaine n'est pas utilisé pour désigner des produits ou services, se pose la question de l'applicabilité de la disposition de l'article 13, A, 1, d, LUBM. Celle-ci pourra être invoquée dans la mesure où l'utilisation du nom de domaine par un tiers, fut-il lui-même titulaire d'une marque, porte indéniablement préjudice à la fonction publicitaire de la marque. Il convient toutefois de se pencher sur la possibilité d'une cause de justification de l'atteinte ainsi portée à la marque. Un «juste motif» peut être invoqué dans deux hypothèses seulement : en cas de nécessité d'usage du signe ou en cas d'exercice d'un droit propre antérieur qui n'est pas susceptible de faire obstacle au dépôt de la marque. Si la première hypothèse doit être écartée en l'absence de nécessité²⁷⁷ à l'usage d'un nom de domaine plutôt qu'un autre, l'exercice des droits afférents à une marque antérieure pourrait constituer un juste motif. Ces droits ne permettent en effet pas de s'opposer au dépôt de la marque postérieure en vertu du principe de spécialité²⁷⁸, mais leur usage à d'autres fins que la distinction de l'origine de produits ou services (en tant que nom de domaine) cause un préjudice au titulaire de la marque postérieure (atteinte à la

fonction publicitaire de la marque). Leur exercice devrait donc être considéré comme un juste motif²⁷⁹. Sous réserve de l'interférence éventuelle de la théorie de l'abus de droit, seul le titulaire de la marque antérieure devrait donc pouvoir utiliser le nom de domaine y correspondant.

Si, par contre, le nom de domaine est utilisé pour désigner des produits ou services, le titulaire de marque désirant s'y opposer ne pourra invoquer que les dispositions des alinéas a, b ou c de l'article 13, A, 1, LUBM. Il lui faudra dès lors établir que l'usage du nom de domaine a pour finalité de désigner des produits ou services identiques (a) ou similaires (b) à ceux visés dans son titre de marque²⁸⁰. Seul le titulaire d'une marque renommée pourra s'opposer à l'utilisation du nom de domaine y correspondant pour désigner des produits ou services d'un autre type (c). Si sa marque est antérieure, le titulaire du nom de domaine pourra toutefois faire échec à une telle action dans la mesure où son utilisation du signe en tant que nom de domaine s'appuie sur un «juste motif»²⁸¹. Ici également, seul le titulaire de la marque la plus ancienne devrait donc pouvoir utiliser le nom de domaine sans enfreindre les droits de l'autre partie.

§ 2. Les litiges au sein d'une même chaîne économique

77. – Outre les situations conflictuelles générées par la volonté de sociétés concurrentes ou exerçant leurs activités sous un nom commercial identique de s'approprier un même nom de domaine, la jurisprudence a aussi été appelée à trancher des litiges portant sur le droit des distributeurs officiels d'enregistrer un nom de domaine correspondant à la marque des produits qu'ils distribuent.

78. – Ainsi, la société Roland s'est-elle opposée à l'utilisation par un de ses distributeurs officiels d'une série de noms de domaine génériques incluant le terme «roland»²⁸². Le président du tribunal de commerce d'Oudenaarde²⁸³ a estimé que, par l'enregistrement de noms de domaine ne permettant pas à l'utilisateur de l'identifier directement par rapport

²⁷⁴ En ce sens, voy. l'art. 13, A, 8, LUBM, selon lequel les restrictions ainsi imposées aux droits du titulaire de marque sont limitées à la zone de rayonnement du signe de portée locale («dans la limite du territoire où il est reconnu»).

²⁷⁵ A ce propos, voy. point 1), ci-avant.

²⁷⁶ Par hypothèse, concernant des catégories de produits et/ou services différentes.

²⁷⁷ Au sens de la LUBM.

²⁷⁸ Sauf dans l'hypothèse d'une marque notoirement connue (art. 4, 5°, LUBM). Sur la distinction entre marque «renommée» et marque «notoirement connue», voy. T. van INNIS, *op. cit.* n° 555.

²⁷⁹ En ce sens, T. van INNIS, *op. cit.* n° 560 (bien que n'envisageant pas expressément le cas d'une marque déposée pour une autre catégorie de produits ou services).

²⁸⁰ Ce qui semble difficilement concevable puisque, par hypothèse, les marques respectives portent sur des catégories de produits ou services différentes.

²⁸¹ Voy. *supra* à cet égard.

²⁸² Il s'agissait notamment des noms de domaine <rolandshop.com>, <rolandmusic.com>, <rolandkeyboards.com>, etc.

²⁸³ Prés. Comm. Oudenaarde (cess.), 23 sept. 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 737.

aux autres distributeurs de la marque Roland, la défenderesse se plaçait dans une position lui conférant un avantage concurrentiel illégitime. Le tribunal a donc ordonné la cessation de ces agissements déloyaux.

En raison du contenu du site web de la défenderesse, le tribunal avait par contre écarté l'argument de la publicité trompeuse (violation de l'art. 23, 3^e, LPC). Il avait également rejeté l'infraction aux droits de la demanderesse sur la marque «Roland» dans la mesure où cet usage de la marque était nécessaire à la défenderesse pour offrir en vente les produits de la demanderesse sur son site web. Ce dernier argument n'est guère convaincant car il place sur un même pied l'usage de la marque dans le contenu même du site du distributeur, indispensable s'il en est, et l'usage de la marque dans un nom de domaine, dont le caractère indispensable paraît plus douteux.

79. – Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg²⁸⁴ a quant à lui jugé que l'enregistrement des noms de domaine <fiat.lu>, <alfaromeo.lu> et <lancia.lu> par un distributeur officiel des automobiles commercialisées sous ces marques constituait une infraction à l'article 13, A, 1, d, LUBM. Il a en effet estimé que le fait d'être concessionnaire des marques concernées n'emportait pas l'autorisation d'enregistrer un nom de domaine y correspondant. Le tribunal a en outre souligné les problèmes susceptibles d'en résulter pour le titulaire de la marque s'il désire regrouper ses différents distributeurs luxembourgeois sous un même site web. En l'espèce, l'application de l'article 13, A, 1, d, LUBM ne souffrait aucune discussion dans la mesure où les noms de domaine litigieux avaient été seulement enregistrés mais pas liés à un contenu quelconque. En outre, la décision du tribunal peut s'appuyer sur la méconnaissance des dispositions contractuelles²⁸⁵ régissant les relations entre parties.

80. – Il n'existe pas de solution de principe concernant l'utilisation de ce type de noms de domaine par les distributeurs officiels²⁸⁶. Ces litiges devraient être résolus au cas par cas, en fonction des circonstances de la cause et, en particulier, de la teneur du contrat liant les parties. Il convient à cet égard de ne pas perdre de vue que les cessions de droits de propriété intellectuelle doivent être interprétées de manière restrictive et qu'il revient au distributeur d'établir l'existence et l'étendue de l'éventuelle ces-

sion de droits dont il se prévaudrait afin de justifier son utilisation d'un signe au titre de nom de domaine. Lorsque le contrat de concession ne prévoit aucune limitation particulière à l'usage de la marque, l'issue du litige dépendra de la nature des droits en présence et de l'applicabilité des dispositions de protection de ces droits en fonction des circonstances de la cause.

B. Les litiges afférents au cybersquatting

81. – Le contentieux le plus abondant a été incontestablement inspiré par les agissements frauduleux connus sous le terme de *cybersquatting*. Il s'agit d'une pratique consistant à enregistrer des noms de domaine correspondant à des marques, noms commerciaux ou noms patronymiques célèbres appartenant à des tiers, en vue de tenter de négocier à des conditions financières souvent exorbitantes la cession des droits y afférents. Les fraudeurs se montrent plus rapides que les titulaires de droits de propriété intellectuelle et tentent dès lors de tirer parti des faiblesses des mécanismes d'enregistrement des noms de domaine, qui reposent pour la plupart sur la seule règle du «premier arrivé, premier servi».

§ 1. La position des tribunaux de l'ordre judiciaire

82. – La jurisprudence relative au *cybersquatting* est très abondante sur le plan international²⁸⁷. Elle sanctionne de manière quasi unanime cette fraude. Les tribunaux belges se sont pour leur part montrés tout d'abord quelque peu hésitants dans leur appréhension du phénomène.

83. – Le premier cas soumis aux tribunaux belges n'était pas un cas typique de *cybersquatting*. Une société avait utilisé une dénomination en toute bonne foi, en croyant que cette dénomination était disponible. Suite à la plainte du titulaire de la marque correspondante, la défenderesse accepta d'abandonner l'usage du signe litigieux, y compris sur l'internet, mais refusa de faire radier son nom de domaine. Le tribunal de commerce

²⁸⁴ Trib. arr. Luxembourg (prés.), 20 oct. 2000, *Ing.-Cons.*, 2000, p. 406.

²⁸⁵ Le contrat limitait l'utilisation des marques.

²⁸⁶ Voy., p. ex., Versailles, 14 sept. 2000, disponible sur le site web <<http://www.juriscor.net>> (infirmant trib gde inst. Nanterre, 20 mars 2000, disponible sur le site web <<http://www.droit-technologie.org>>).

²⁸⁷ A ce propos, voy. notamment I. BUBERT et M. BUENING, «Trademark law : domain name issues», in *E-commerce law and practice in Europe*, Cambridge, Woodhead Publishing, 2001.

de Bruxelles²⁸⁸ jugea ce comportement contraire aux usages honnêtes en matière commerciale et enjoignit la défenderesse d'y mettre fin.

84. – Saisi par la société Tractebel, victime d'un *cybersquatter*, le tribunal de commerce de Bruxelles²⁸⁹ prononça une décision qui aurait pu ouvrir la voie au développement de cette pratique frauduleuse en Belgique. Le magistrat estima en effet n'avoir rien à reprocher au défendeur, qui par son comportement avait seulement saisi une «*business opportunity*» (*sic* !). La contravention aux usages honnêtes en matière commerciale fut donc rejetée. S'agissant d'une décision relative à l'usage abusif d'un nom commercial²⁹⁰, le droit des marques ne pouvait être d'aucun secours pour la victime du *cybersquatting*. La société Tractebel interjeta logiquement appel de ce jugement²⁹¹.

85. – Cette première décision bruxelloise en matière de *cybersquatting*, pour le moins surprenante et juridiquement très critiquable²⁹², eut le don de crispier les juges, comme l'indique le jugement rendu par le même tribunal à peine quelques semaines plus tard. Le même *cybersquatter* avait enregistré un nom de domaine correspondant au nom commercial de la société Cockerill-Sambre et, ici encore, aucun droit de marque ne pouvait être invoqué.

Soucieuse sans doute de ne pas contredire la jurisprudence toute récente de son collègue, la présidente du tribunal parvint à sanctionner les agissements frauduleux en se fondant sur le droit de la concurrence, et plus précisément sur l'abus de position dominante dont se serait rendu coupable le *cybersquatter* en tentant de négocier la cession des droits sur le nom de domaine à des conditions manifestement déraisonnables²⁹³.

La décision a été diversement accueillie par la doctrine²⁹⁴. Cette jurisprudence hésitante illustre bien le désarroi des tribunaux face à ce nouveau type de fraude.

86. – La Cour d'appel de Bruxelles²⁹⁵, saisie à la requête de la société Tractebel, vint alors remettre de l'ordre dans cet imbroglio juridique. Dans un arrêt que l'on peut qualifier d'arrêt «de principe», elle a infirmé la décision du tribunal de commerce de Bruxelles²⁹⁶, en jugeant que les actes du *cybersquatter* sont contraires aux usages honnêtes en matière commerciale.

Pour y parvenir, la Cour a dû franchir différents écueils juridiques. Elle a tout d'abord fondé sa compétence et l'application de la loi belge, d'une part, sur la circonstance que l'acte de réservation du nom de domaine sort ses effets également sur le territoire belge en empêchant le titulaire du nom commercial d'utiliser son signe sur l'internet à partir du territoire belge (entre autres) et, d'autre part, sur la localisation du dommage en Belgique. La Cour a ensuite qualifié le *cybersquatter* de «vendeur» au sens de la LPC, compte tenu du caractère habituel de la pratique litigieuse dans son chef. La Cour a également tranché favorablement la question de l'usage du signe distinctif concerné en l'absence de création d'un site web sous le nom de domaine litigieux, considérant que l'usage du signe est suffisamment établi par le seul fait de l'enregistrement du nom de domaine, car la consultation du registre des noms de domaine permet de connaître l'identité de son titulaire, ce qui pourrait induire une confusion pour les internautes.

87. – Depuis cet arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, une jurisprudence constante condamne, sur pied de l'article 93 de la LPC, l'enregistrement sans motif légitime d'un nom de domaine correspondant à un nom commercial ou à une marque propriété d'un tiers²⁹⁷.

88. – A propos de l'enregistrement abusif de noms de domaine correspondant aux noms patronymiques de ministres belges, le tribunal de première instance de Liège²⁹⁸ s'est également inscrit dans ce courant jurisprudentiel dominant. Le tribunal, saisi en référés, a ordonné l'arrêt de l'utilisation de ces noms de domaine, qui est fautive car constituant «des appropriations à des fins commerciales des droits inhérents aux noms patronymiques, sans l'accord des titulaires».

²⁸⁸ Prés. Comm. Bruxelles (cess.), 3 janv. 1997, *Computerr.*, 1997/5, p. 227, note P. GOETHALS; *D.I.T.*, 1997/4, p. 38, note A. LEFÈVRE.

²⁸⁹ Prés. Comm. Bruxelles (cess.), 11 juin 1997, *Computerr.*, 1997/5, p. 230, note P. GOETHALS.

²⁹⁰ La marque «Tractebel» fut en effet déposée après l'enregistrement du nom de domaine litigieux.

²⁹¹ Voy. *infra*, n° 86.

²⁹² Voy. notamment les critiques virulentes de P. GOETHALS, *Computerr.*, 1997/5, p. 234.

²⁹³ Prés. Comm. Bruxelles (cess.), 27 nov. 1997, *Computerr.*, 1998/1, p. 26, note P. GOETHALS.

²⁹⁴ Comp. les commentaires favorable de D. VAN BUNNEN («Le domain grabbing est-il un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale?», *Ann. prat. comm.*, 1997, pp. 518 et s.) et critique de P. GOETHALS (note sous Prés. Comm. Bruxelles (cess.), 27 nov. 1997, précité, p. 29).

²⁹⁵ Bruxelles (cess.), 1^{er} avril 1998, *Computerr.*, 1998/4, p. 176; *J.L.M.B.*, 1998, p. 1588, obs. E. WÉRY; *D.C.C.R.*, 1998, p. 157, note Y. JOMOUTON; *R.D.C.*, 1998, p. 475, obs. H. de BAUW; *D.I.T.*, 1999/4, p. 68, note A. CRUQUENNAIRE.

²⁹⁶ Voy. *supra*, n° 84.

²⁹⁷ Voy. Prés. Comm. Anvers (cess.), 7 janv. 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 572; Prés. Comm. Bruxelles (cess.), 15 sept. 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 722, commentaire B. DE NAYER.

²⁹⁸ Civ. Liège (réf.). 28 nov. 2001. R.R. 01/705/C, inédit.

89. – Comme le suggère pertinemment Y. JOMOUTON, certaines dispositions protectrices des consommateurs pourraient également être invoquées afin de contrer ces pratiques déloyales²⁹⁹. L'utilisation abusive d'un nom de domaine pourrait en effet être vue comme une publicité trompeuse au sens de la LPC.

En se fondant sur une infraction à l'article 23, 3^e, LPC, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a ainsi ordonné la cessation de l'utilisation d'un nom de domaine. En l'espèce, une société anversoise avait utilisé un signe distinctif d'une société américaine afin de se présenter comme le distributeur officiel des produits de cette dernière. La défenderesse avait notamment ouvert un site web sur lequel elle mettait en exergue ce partenariat (allant jusqu'à créer un hyperlien vers le site officiel de la société américaine). Le magistrat a fort justement estimé qu'en suggérant aux consommateurs l'existence d'un lien entre les deux sociétés, la défenderesse avait fait une utilisation trompeuse du signe litigieux³⁰⁰. La décision est donc motivée par le contenu du site web de la défenderesse.

Pourrait-on aller plus loin et considérer que le seul enregistrement d'un nom de domaine comprenant un signe distinctif appartenant à un tiers est de nature à constituer une publicité trompeuse ? Deux éléments conduisent à préconiser la prudence à cet égard.

En ce qui concerne le caractère trompeur tout d'abord, est-ce que la première impression (de confusion) donnée par le nom de domaine peut être envisagée indépendamment du contenu de l'éventuel site web y correspondant ? Le nom de domaine en lui-même ne sera susceptible d'induire en erreur que dans la mesure où le contenu du site web ne permet pas d'écarter la confusion induite. Le risque d'erreur demeure-t-il présent lorsque, par exemple, un nom de domaine correspondant au nom commercial d'une société est utilisé par un collectif de consommateurs mécontents pour dénoncer la piètre qualité des services de la société en question ? Le contenu du site web devrait être pris en compte, à tout le moins pour démentir l'éventuelle confusion qui serait induite par le nom de domaine seul.

En pareille circonstance, on pourrait en outre s'interroger sur l'existence d'une publicité au sens de l'article 22 LPC³⁰¹. Si l'on peut admettre sans grande difficulté que le seul enregistrement d'un nom de domaine constitue une communication³⁰², l'existence d'un but de promotion de la vente de produits ou services sera plus délicate à établir en l'absence de contenu lié au nom de domaine litigieux³⁰³. Pourrait-on dans ce cas considérer qu'il y a, à tout le moins, un but de promotion de l'image du titulaire du nom de domaine litigieux³⁰⁴ ? En l'absence de contenu, cela ne paraît pas évident à soutenir.

90. – La jurisprudence belge ne comporte à notre connaissance pas encore de décision sanctionnant le *cybersquatting* sur la base du droit des marques³⁰⁵.

La loi uniforme Bénélux sur les marques (art. 13, A, 1^{er}, d, LUBM) a toutefois été utilisée par la jurisprudence néerlandaise³⁰⁶ pour sanctionner ce type d'agissements. On peut raisonnablement estimer que les tribunaux belges aligneront, le cas échéant, leur position sur celle des tribunaux néerlandais.

§ 2. De nouveaux outils légaux et extrajudiciaires de lutte contre la fraude

91. – Si la jurisprudence des tribunaux semble à présent clairement condamner les pratiques de *cybersquatting*, cette pratique frauduleuse n'a pas disparu, loin s'en faut.

Les recours judiciaires ne permettent en effet pas de lutter efficacement contre le *cybersquatting*, et ce pour plusieurs raisons.

³⁰¹ Qui définit la publicité comme « toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services (...) quel que soit le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre ».

³⁰² En ce sens, voy. Y. JOMOUTON, *loc. cit.*

³⁰³ A ce propos, voy. B. DE NAYER, *op. cit.*, p. 729.

³⁰⁴ En faveur de cette thèse, cons. Y. JOMOUTON, *op. cit.*, p. 181.

³⁰⁵ Tout au plus, peut-on mentionner le jugement rendu dans l'affaire *Bluebox* (Prés. Comm. Bruxelles (cess.), 3 janv. 1997, précité), qui écarte l'atteinte au droit de marque sur la base de motifs qui ont été, *mutatis mutandis*, infirmés par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt *Tractebel*.

³⁰⁶ Voy. ainsi : trib. arr. Amsterdam (prés.), 5 févr. 1998, *Computerr.*, 1998/4, p. 184 ; Amsterdam, 11 janv. 2001, *Computerr.*, 2001/2, pp. 94 et s., et spéc. point 5.12 (note P.B. HUGENHOLTZ). *Contra* : Amsterdam, 24 avril 1997, *Computerr.*, 1997/3, p. 120, confirmant trib. arr. Amsterdam (prés.), 20 sept. 1996, *Computerr.*, 1997/1, p. 26. Ces dernières décisions s'expliquent toutefois en grande partie par le caractère générique du terme utilisé dans le nom de domaine litigieux.

²⁹⁹ Y. JOMOUTON, « Internet : noms de domaine et publicité trompeuse », *D.C.C.R.*, 1998, pp. 173 et s. *Adde* B. DE NAYER, « Le *cybersquatting* à l'épreuve de la LPCC », commentaire sous Prés. Comm. Bruxelles (cess.), 15 sept. 1999, précité, pp. 726 et s.

³⁰⁰ Prés. Comm. Bruxelles, 21 sept. 2001, V.S. 5643/2001, inédit (à paraître in *DA/OR*).

Il convient tout d'abord de mentionner la lenteur et le coût relativement élevé des procédures judiciaires qui ont incontestablement un effet dissuasif.

Plus fondamentalement, l'exécution forcée des décisions judiciaires se révèle souvent problématique car il s'agit dans la plupart des cas de litiges impliquant des parties établies dans des Etats différents.

De surcroît, les carences du système d'attribution des noms de domaine permettent aux *cybersquatters* d'enregistrer des noms de domaine sous de fausses identités, ce qui rend les poursuites judiciaires à leur encontre pour le moins aléatoires.

92. – Certains législateurs ont décidé d'offrir aux tribunaux les outils légaux nécessaires à l'éradication du phénomène. Ainsi, le législateur américain a-t-il adopté l'*Anti-Cybersquatting Consumer Protection Act* (ACCPA), qui contient des dispositions spécifiques permettant de contourner les difficultés rencontrées par les tribunaux³⁰⁷. Le Gouvernement belge a pour sa part déposé un projet de loi au Parlement en janvier 2001, mais son processus d'adoption semble complètement paralysé³⁰⁸. Le tribunal de première instance de Liège a d'ailleurs fustigé la passivité du Gouvernement à cet égard³⁰⁹. Ce projet de loi prévoit entre autres la mise en place d'une action en cessation spécifique³¹⁰.

93. – Si ces initiatives peuvent contribuer à faciliter la tâche des tribunaux et à rendre leur action plus efficace, d'importants problèmes pratiques subsistent.

C'est pourquoi, sous la pression des titulaires de marques, l'ICANN, l'organisme qui gère l'attribution des noms de domaine au niveau mondial, a mis en place une procédure extrajudiciaire internationale de règlement des litiges afférents au *cybersquatting* (baptisée «UDRP»,

pour *Uniform domain name Dispute Resolution Policy*). Ce mécanisme de résolution des différends connaît un succès extraordinaire puisque, depuis sa création, en novembre 1999, plus de 6.000 décisions ont été rendues³¹¹. L'analyse de cette jurisprudence dépasse toutefois notre propos³¹².

Le succès rapide de la procédure UDRP a inspiré les gestionnaires de domaines nationaux. DNS-BE, l'organisme responsable de l'attribution des noms de domaine <.be> a ainsi décidé de créer sa propre procédure extrajudiciaire, calquée sur le modèle de la procédure UDRP³¹³. Par rapport aux principes régissant la procédure UDRP, DNS-BE a opéré quelques adaptations visant notamment à élargir le champ d'application de la procédure³¹⁴ et à allonger les délais de recours³¹⁵.

C. – L'utilisation abusive des meta-tags

94. – La jurisprudence a sanctionné à plusieurs reprises l'utilisation de signes distinctifs d'un concurrent dans les meta-tags du site web d'une société³¹⁶. Cette pratique, invisible pour les internautes, vise à les attirer vers un site web lorsqu'ils cherchent de l'information au sujet d'un signe distinctif déterminé.

95. – Le tribunal de commerce de Bruxelles³¹⁷ a ainsi ordonné la cessation des agissements d'un concurrent de Belgacom qui avait inséré les termes «Belgacom» et «Belgacon» dans les meta-tags de son site web.

³¹¹ Statistiques de l'ICANN (datées du 27 nov. 2002), disponibles sur le site officiel de l'organisme, à l'adresse <<http://www.icann.org/udrp/proceedings-stat.htm>>.

³¹² A ce sujet, voy. A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine – Analyse de la procédure UDRP*, Cahiers du CRID, n° 21, Bruxelles, Bruylant, 2002.

³¹³ Voy. le site de DNS-BE, à l'adresse <<http://www.dns.be>>.

³¹⁴ Cet élargissement a été effectué en nov. 2001 car la première approche de DNS-BE était plus restrictive. Voy. le communiqué de presse de DNS-BE, à l'adresse <<http://www.dns.be/fr/News/whatsnew30oct2001.htm>>.

³¹⁵ Pour une comparaison entre les dispositions de l'ICANN et de DNS-BE et un bref commentaire sur la jurisprudence «belge», voy. A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine – Analyse de la procédure UDRP*, op. cit., n°s 40 et 41.

³¹⁶ Les meta-tags font partie du code source des pages web. Ils comportent notamment une liste de mots clés, choisis par l'éditeur du site, qui sera lue par les moteurs de recherche utilisés par les internautes. Pour de plus amples informations sur la technique des meta-tags, voy. notamment M. de COCK BUNING et M. VERMEER, «Hyperlinks en metatags : meeliften in cyberspace», *Computerr.*, 1999/4, pp. 170 et s.

³¹⁷ Prés. Comm. Bruxelles (cess.), 15 oct. 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 742. Le même tribunal a récemment confirmé sa jurisprudence (voy. Prés. Comm. Bruxelles (cess.), 4 févr. 2002, *Rev. Ubiquité*, n° 12, juin 2002, p. 91, obs. A. CRUQUENAIRE).

³⁰⁷ A ce sujet, cons. A. CRUQUENAIRE, «L'identification sur Internet et les noms de domaine : quand l'unicité suscite la multiplicité», op. cit., pp. 148-149.

³⁰⁸ Projet de loi relatif à l'enregistrement abusif des noms de domaine, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2000-2001, séance du 26 janv. 2001, n° 1069/001.

³⁰⁹ Voy. Civ. Liège (réf.), 28 nov. 2001, précité : «Attendu qu'il est regrettable que le projet de loi déposé le 29 janvier 2001 n'ait pas abouti à un texte légal; que ce vide juridique a permis aux défenseurs d'agir comme ils l'ont fait de telle sorte que le demandeur [le ministre Picqué] et les intervenants volontaires [les ministres Onkelinx et Yliffe] ont été les premières victimes de leur négligence» (sic!). Outre son caractère quelque peu déplacé dans le contexte d'une décision judiciaire, cette remarque n'est pas tout à fait fondée car le projet de loi concerné ne comporte aucun élément préventif nouveau.

³¹⁰ Pour un commentaire du texte déposé au Parlement et de ses versions antérieures, cons. A. CRUQUENAIRE, «Quelques réflexions suscitées par les projets de lois belges relatifs à l'enregistrement abusif des noms de domaine», *Rev. Ubiquité*, n° 5, juin 2000, pp. 149-155.

Le tribunal a estimé qu'il y avait atteinte à la marque (art. 13, A, 1^{re}, d, LUBM)³¹⁸ et acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

96. – Cette jurisprudence a été confirmée par le tribunal de commerce³¹⁹ et la Cour d'appel d'Anvers³²⁰, qui se sont successivement prononcés dans une même affaire.

Les faits étaient similaires à ceux de l'affaire *Belgacom* et les juridictions anversoises ont logiquement sanctionné ce comportement frauduleux sur les mêmes bases que le tribunal de commerce de Bruxelles.

Observons encore que la partie défenderesse invoquait un motif légitime pour justifier l'usage de la marque de son concurrent, en se fondant sur les nouvelles dispositions légales relatives à la publicité comparative. Le tribunal a écarté l'argument car la publicité comparative demeure en principe interdite, sauf si les conditions particulières fixées par le législateur sont remplies, ce qui n'était manifestement pas le cas en l'espèce, compte tenu notamment de l'absence de comparaison effective des produits offerts. La cour d'appel a confirmé l'appréciation du président du tribunal de commerce en précisant que le meta-tag ne constitue pas une communication dans la mesure où il n'est pas visible pour les internautes.

³¹⁸ Dans le même sens, voy. Dordrecht (prés.), 9 févr. 1999, cité par M. de COCK BUNING et M. VERMEER, *loc. cit.*

³¹⁹ Prés. Comm. Anvers (cess.), 16 mars 2000, *Computerr.*, 2001/2, p. 81; *R.D.C.*, 2000, p. 395, comment. T. DE MEESE.

³²⁰ Anvers (cess.), 9 oct. 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 407, note S. EVRARD.